



Les mesures de prévention du surendettement des particuliers : à la croisée des chemins des droits commun et spécial

Clémentine Loyer

► To cite this version:

Clémentine Loyer. Les mesures de prévention du surendettement des particuliers : à la croisée des chemins des droits commun et spécial. Droit. Université de La Rochelle, 2014. Français. NNT : 2014LAROD004 . tel-01268157

HAL Id: tel-01268157

<https://theses.hal.science/tel-01268157>

Submitted on 4 Feb 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE LA ROCHELLE
FACULTÉ DE DROIT, DE SCIENCE POLITIQUE ET DE GESTION

ÉCOLE DOCTORALE PIERRE COUV RAT – ED 088

LES MESURES DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS
- À LA CROISÉE DES CHEMINS DES DROITS COMMUN ET SPÉCIAL -

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles
présentée et soutenue publiquement le 08 décembre 2014
par

Clémentine LOYER

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Mme Catherine MARIE

Professeur de droit privé et de sciences criminelles

Doyen de la Faculté de droit, de science politique et de gestion de La Rochelle

SUFFRAGANTS

Linda ARCELIN-LECUYER

Maître de conférences HDR en droit privé et de sciences criminelles à l'université de La Rochelle

Luc GRYNBAUM

Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université de Paris V - Descartes

Doyen honoraire de la Faculté de droit, de science politique et de gestion de La Rochelle

Jérôme JULIEN

Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université de Toulouse I - Capitole

Gaël PIETTE

Professeur de droit privé et de sciences criminelles à l'Université de Bordeaux IV - Montesquieu

L'université de La Rochelle n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Simon et Alexandre Gaillard avec tout mon amour,

En premier lieu, je tiens à remercier mon directeur de recherche, Madame le Doyen Catherine Marie, pour m'avoir soutenue tout au long de ce travail de recherche. Cette thèse n'aurait jamais pu aboutir sans vos précieuses remarques, votre disponibilité et votre motivation. Les mots sont faibles pour exprimer ma gratitude et je souhaite à tout futur doctorant d'avoir la chance d'être encadré par un directeur tel que vous l'avez été.

Enfin, je tiens à remercier ma famille Loyer, Gaillard et Gilard. Plus particulièrement, mes remerciements s'adressent à ma mère (sans laquelle ce manuscrit aurait été beaucoup plus long à mettre en forme), mon père et ma sœur, votre présence à mes côtés m'est extrêmement précieuse pour avancer, merci infiniment. Merci à tous mes ami(e)s pour tous les moments de légèreté que vous m'avez, consciemment ou pas, offert pendant ces années.

Merci, en dernier lieu, à Alexandre et Simon Gaillard. Merci pour votre présence, votre soutien et vos encouragements. Ce travail est également le vôtre car vous m'avez donné l'envie et la force de le réaliser. Vous participez chaque jour à mon bonheur et à mon épanouissement, surtout ne changez rien !

SOMMAIRE

SOMMAIRE.....	9
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	13
INTRODUCTION.....	17
PARTIE I. LA DIFFICILE CONCILIATION DES SOURCES DES MESURES DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT	49
TITRE I. LE DROIT DE LA CONSOMMATION SOURCE PRINCIPALE MAIS INSUFFISANTE DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT	53
Chapitre I. La maîtrise de l'information, mesure de prévention du surendettement.....	57
Chapitre II. Le recours au formalisme, mesure de prévention du surendettement.....	91
TITRE II. LE DROIT COMMUN, PALLIATIF INSATISFAISANT DES LACUNES DU DROIT DE LA CONSOMMATION	119
Chapitre I. L'utilisation prétorienne du droit commun au service de la prévention du surendettement	123
Chapitre II. La confrontation délicate du droit commun des obligations et du droit de la consommation	173
PARTIE II. LA RECONCEPTUALISATION DU DROIT DU SURENDETTEMENT AU BÉNÉFICE DE SA PRÉVENTION.....	213
TITRE I. LES CONSÉQUENCES DE L'APPROCHE CONSOMÉRISTE DU SURENDETTEMENT SUR LA CONCEPTUALISATION DE LA PRÉVENTION	217
Chapitre I. La confusion préjudiciable des notions d'endettement et de crédit.....	221
Chapitre II. La confusion regrettable de la personne vulnérable face au risque de surendettement avec le consommateur.....	269
TITRE II. UNE APPROCHE TRANSVERSALE DU SURENDETTEMENT, REMÈDE À SA PRÉVENTION.....	307
Chapitre I. Les lacunes de l'approche restrictive du surendettement au détriment de sa prévention	311
Chapitre II. Les apports d'une approche transversale du droit du surendettement au profit de sa prévention.....	339
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	375
BIBLIOGRAPHIE	381
INDEX.....	427
TABLE DES MATIÈRES.....	433

LISTE DES ABRÉVIATIONS

<i>Act.</i>	Actualité
<i>Al.</i>	Alinéa
<i>Art.</i>	Article
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin civil
<i>Chron.</i>	Chronique
<i>Coll.</i>	Collection
<i>Contrats, conc., consom</i>	Contrats, concurrence consommation
<i>D</i>	Recueil Dalloz
<i>DH</i>	Recueil Hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941
<i>FICP</i>	Fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers
<i>FCC</i>	Fichier central des chèques
<i>FICOBA</i>	Fichier national des comptes bancaires et assimilés
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du palais
<i>JCP E</i>	La Semaine juridique édition entreprise
<i>JCP G</i>	La Semaine juridique édition générale
<i>JCP N</i>	La Semaine juridique édition notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>LPA</i>	Les Petites affiches
<i>Op. cit.</i>	Ouvrage précité
<i>Préc.</i>	Précité
<i>PUAM</i>	Presse universitaire d'Aix-Marseille
<i>PUF</i>	Presse universitaire de France
<i>RD banc. et fin</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RLDA</i>	Revue Lamy de droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy de droit civil
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial

INTRODUCTION

« - Comment ! Vous ne savez pas cela ? On va le saisir cette semaine. C'est Lheureux
qui le fait vendre. Il l'a assassiné de billets.

*Quelle épouvantable catastrophe ! s'écria l'apothicaire, qui avait toujours des expressions
congruantes à toutes les circonstances imaginables.*

*L'hôtesse donc se mit à lui raconter cette histoire, qu'elle savait par Théodore, le
domestique de monsieur Guillaumin, et, bien qu'elle exécrât Tellier, elle blâmait
Lheureux. »*

Extrait de *Mme Bovary*, 1856

Deuxième partie, chapitre VIII, p. 173.

Gustave FLAUBERT

1. Pris dans la spirale infernale de ses dettes, Tellier va être saisi. Pourtant c'est Lheureux qu'on blâme, tenu pour être un commerçant « de nouveautés » mais surtout un redoutable spéculateur. Il sera également responsable de la faillite des Bovary, poussant Emma à s'administrer une dose de cyanure pour échapper à cette infamie. Histoire romancée, l'œuvre de Flaubert met néanmoins en scène de tristes réalités actuelles. Il est malheureusement fréquent que les conséquences du surendettement viennent alimenter les chroniques de faits divers. Entre les suicides auxquels peuvent malheureusement assister certains huissiers au moment de l'exécution d'une mesure d'expulsion ou encore de saisie¹ envers un débiteur impécunieux, l'immolation de certaines personnes complètement démunies devant leurs agences pôles emploi², le surendettement est régulièrement la source menant

¹ V. dans le cadre des expulsions massives qui ont eu lieu en Espagne avec la crise immobilière : Articles dans El Pais du 25 octobre, 9 et 16 novembre et 14 décembre 2012. La France n'est malheureusement pas en reste, voir entre autre : « Trois meurtres et un suicide : drame du surendettement dans la Somme », Le Point, 11 janvier 2011.

² Fait divers s'étant produit à Nantes en janvier 2013 : *Le Monde*, édition du 13 février 2013.

directement à des drames personnels. Au-delà de ces sinistres issues, on rencontre également des débiteurs, qui, pris dans la spirale infernale du surendettement en arrivent à commettre des infractions pénales. Tel est le cas du vol de nourriture dans les grandes surfaces³ ou encore des « branchements sauvages » à des compteurs EDF dans le but de chauffer son logement... Or, si l'état de surendettement s'analysant comme un état de nécessité en droit pénal, peut expliquer ces infractions, il ne peut en aucun cas les justifier.

2. Face à ce phénomène, le législateur est venu mettre en place dans une loi du 31 décembre 1989⁴, une procédure de traitement collectif des dettes d'un débiteur surendetté. Ainsi, le débiteur de bonne foi qui se trouve dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir⁵, bénéficie aujourd'hui d'une procédure de traitement collectif de son surendettement. En effet, après acceptation par la commission⁶ de son dossier⁷, les mesures d'exécution sur les biens et les cessations de rémunération que le débiteur aurait pu consentir sont suspendues⁸

³ V. les faits de l'espèce de l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 11 avril 1997 : *D.* 1998. 517, obs. A. WAXIN ; *JCP G.* 1997. IV. 22933. Dans ce cas d'espèce, les premiers juges avaient relaxé la prévenue, reconnaissant l'état de nécessité. En revanche, sur appel du ministère public, la Cour d'appel de Poitiers a infirmé le jugement et l'a déclaré responsable des vols mais l'a dispensée de peine eu égard à sa situation personnelle.

⁴ Loi n° 89-1010, dite « Neiertz » du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles : *JO* n° 1 du 2 janvier 1990, p. 18.

⁵ Définition donnée du débiteur surendetté selon l'article L. 330-1 du Code de la consommation.

⁶ Selon l'article L. 331-1 du Code de la consommation : « Il est institué, dans chaque département, au moins une commission de surendettement des particuliers. Elle comprend le représentant de l'État dans le département, président, et le directeur départemental des finances publiques, vice-président. La commission comprend également : Le représentant local de la Banque de France, qui en assure le secrétariat ; deux personnes, désignées par le représentant de l'État dans le département, la première sur proposition de l'Association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, la seconde sur proposition des associations familiales ou de consommateurs ; deux personnes, désignées par le représentant de l'État dans le département, justifiant pour l'une d'une expérience dans le domaine de l'économie sociale et familiale, pour l'autre d'un diplôme et d'une expérience dans le domaine juridique ».

⁷ Selon l'alinéa 1 de l'article L. 331-3 : « La procédure est engagée devant la commission à la demande du débiteur, qui lui déclare les éléments actifs et passifs de son patrimoine ».

⁸ Selon l'alinéa 1 de l'article L. 331-3-1 du Code de la consommation : « La décision déclarant la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à

mais, à l'inverse, le débiteur ne peut plus conclure d'acte ayant pour finalité un aggravement de son état d'insolvabilité⁹. Cet examen de la situation patrimoniale du débiteur permet ainsi à la commission d'orienter la procédure de traitement du surendettement. Si l'actif patrimonial du débiteur le permet, la commission peut élaborer un « plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers »¹⁰. Si la situation du débiteur est irrémédiablement compromise, autrement dit, qu'elle ne lui permet pas de faire face à un tel plan d'apurement de son passif, la commission a pour charge d'orienter le dossier du débiteur vers l'une des deux procédures de redressement personnel avec ou sans liquidation judiciaire¹¹ de ses biens. La clôture de ces procédures qu'elles aient intégralement désintéressé ou non les créanciers, entraînent un effacement des dettes du débiteur¹².

l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires ».

⁹ Selon l'alinéa 2 de l'article L. 331-3-1 du Code de la consommation : « Cette suspension et cette interdiction emportent interdiction pour le débiteur de faire tout acte qui aggraverait son insolvabilité, de payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire ».

¹⁰ Selon l'alinéa 2 de l'article L. 330-1 du Code de la consommation : « Lorsque les ressources ou l'actif réalisable du débiteur le permettent, des mesures de traitement peuvent être prescrites devant la commission de surendettement des particuliers dans les conditions prévues aux articles L. 331-6 et L. 331-7 du Code de la consommation ». Selon ces articles L. 331-6 et L. 331-7 du Code de la consommation, la commission a alors pour « mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers » et, en cas d'échec de sa mission de conciliation elle peut « imposer » les mesures nécessaires à l'apurement du passif du débiteur surendetté.

¹¹ Selon l'alinéa 3 de l'article L. 330-1 du Code de la consommation : « Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement visées à l'alinéa précédent, la commission de surendettement peut, dans les conditions du présent titre : soit recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire si elle constate que le débiteur ne possède que des biens meublants nécessaires à la vie courante et des biens non professionnels indispensables à l'exercice de son activité professionnelle, ou que l'actif n'est constitué que de biens dépourvus de valeur marchande ou dont les frais de vente seraient manifestement disproportionnés au regard de leur valeur vénale ; soit saisir, avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire, si elle constate que le débiteur n'est pas dans une situation irrémédiablement compromise ».

¹² Selon l'alinéa 2 de l'article L. 332-5 et L. 332-9 du Code de la consommation : « La clôture [de la procédure de rétablissement personnel] entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur ».

3. Le phénomène du surendettement n'est pas en lui-même nouveau car les débiteurs ne pouvant pas faire face à leurs dettes ont toujours existé, mais c'est l'appréhension de ce phénomène par le droit qui est novatrice. Plus exactement, l'innovation tient plus de la volonté de venir en aide aux débiteurs en difficulté, en ce sens que ces débiteurs insolvable n'étaient pas ignorés par le droit, mais ce dernier se bornait plus à les sanctionner qu'à leur venir en aide. Autrement dit, le fait de tomber en surendettement était plus généralement considéré comme une faute ou encore une infamie. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que le terme de surendettement fait son apparition au moment où les pouvoirs publics prennent des mesures afin de venir en aide aux ménages ne pouvant plus honorer leurs dettes. Ainsi, ce débiteur va passer du statut d'infâme, se retrouvant insolvable par sa seule incompétence, à celui de surendetté, victime de son endettement, personne à qui il faut venir en aide.

4. L'insolvabilité du débiteur était sévèrement traitée à Rome. Le créancier pouvait obtenir l'*addictio*¹³ de son débiteur par le biais de la procédure de la *manus iniectio*¹⁴. C'est au Bas-Empire que l'on voit apparaître des mesures d'exécution sur les biens qui vont tendre à faire disparaître l'exécution sur la personne même du débiteur. Qualifiées comme étant des procédures « de règlement collectif du patrimoine de l'insolvable civil ou commerçant »¹⁵, la *cessio bonorum*¹⁶ et la *venditio bonorum*¹⁷ permettaient au débiteur de bonne foi

¹³ Véritable mainmise du créancier sur la personne du débiteur qui l'emmenait avec lui.

¹⁴ Selon cette procédure, si le débiteur ne s'exécutait pas ou encore s'il ne concluait pas un accord de paiement à l'amiable avec son créancier, ce dernier avait le droit de l'emprisonner. Cette contrainte sur la personne du débiteur qui pouvait durer au maximum pendant soixante jours permettait avant tout aux deux parties de transiger et, à défaut, qu'un proche parent ou un ami du débiteur, paye en lieu et place de celui-ci. Si toutefois, au terme du délai de soixante jours, les parties n'étaient pas parvenues à un accord ou si aucun paiement n'avait été effectué pour le compte du débiteur, le créancier avait le droit de mettre à mort ou de vendre le débiteur comme esclave.

¹⁵ F. RONGET, *Essai sur le droit de l'endettement des particuliers*, Thèse de doctorat en droit, Paris XII, 2002, 595 pages, spéc. n° 405 et s.

¹⁶ La *cessio bonorum* permet au débiteur de céder tous ses biens au profit de son ou ses créancier(s) tout en obtenant un bénéfice de compétence. La cession de biens permettait au débiteur de prouver sa bonne foi, autrement dit, sa volonté de s'acquitter de ses dettes. Si la cession des biens du débiteur ne suffisait

d'échapper à un emprisonnement. Ces procédures n'ont pas tant été mises en place dans le souci de réserver un meilleur sort au débiteur en déconfiture que dans la perspective d'un désintéressement plus efficace des créanciers. Il est très vite apparu que l'emprisonnement d'un débiteur insolvable ne favorisait absolument pas le désintéressement du créancier. Le terme utilisé est celui de traitement collectif du patrimoine de l'insolvable civil puisque dans ces procédures l'autorité publique¹⁸ occupe une place prépondérante.

5. Sous l'ancien droit, la mesure d'exécution sur la personne et celle sur les biens vont coexister et on assiste alors à un véritable pouvoir du créancier sur le débiteur. L'autorité publique reste entièrement à l'écart des procédures, laissant au créancier le pouvoir de saisir les biens du débiteur et de s'en attribuer la propriété. Le système de la *pignoratitia* était une véritable saisie privée des biens du débiteur par le créancier qui conservait la maîtrise de celle-ci et de la distribution des biens entre les différents créanciers le cas échéant.

6. Au Moyen-âge, tant la détention que l'humiliation publique du débiteur insolvable¹⁹ subsistent. Ce dernier pouvait, à l'instar de ce qui se

pas à désintéresser en totalité ses créanciers, le bénéfice de compétence permettait à celui-ci, en cas de retour à meilleure fortune de payer le reliquat de ses dettes tout en conservant un minimum à vivre.

¹⁷ Cette procédure se rapproche de la *cessio bonorum* à la différence près que le débiteur insolvable n'était pas contraint de céder en bloc la totalité de son patrimoine. Les biens composant celui-ci étaient liquidés individuellement jusqu'au désintéressement des créanciers.

¹⁸ Tel que le souligne les Professeurs Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, la procédure de liquidation des biens du débiteur est « individuelle dans son déclenchement » mais puisque le créancier qui en est à l'origine doit s'adresser à l'autorité publique, elle devient collective. Cette procédure devient alors collective puisque l'autorité publique tout en mettant en place les organes de la procédure invite tous les créanciers du débiteur à se faire connaître afin que la distribution du prix de vente des biens du débiteur soit égalitaire entre eux : *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, 2^e éd., n° 672 et s.

¹⁹ Le terme insolvable est ici choisi en ce qu'il est plus neutre que celui de surendetté qui, bénéficiant d'une définition juridique depuis la « Neiertz » du 31 décembre 1989, implique une appréciation des dettes qui sont prises en compte dans la détermination de cet état mais également une appréciation de l'attitude du débiteur. Ainsi, le terme insolvable peut être indifféremment utilisé pour tous les débiteurs, qu'ils soient ou non de bonne foi, mais il permet également de désigner tout l'endettement de celui-ci qu'il soit composé de dettes professionnelles ou non. L'insolvable s'entend donc de celui qui ne peut payer ce qu'il doit : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 2014, PUF, V° Insolvable.

pratiquait à Rome, faire une cession de ses biens à ses créanciers afin d'échapper à l'emprisonnement. Cette cession faisait l'objet d'une publicité²⁰ ainsi que d'une humiliation²¹ et entraînait la vente des biens meubles et immeubles, sans nécessairement libérer le débiteur²². Ces pratiques vont persister jusqu'à l'Époque moderne et ce n'est qu'au XVII^e siècle que sera interdite la contrainte par corps contractuellement prévue. L'ordonnance prise par Louis XIV²³ ne fait pour autant pas disparaître la contrainte par corps, mais l'emprisonnement du débiteur qui ne s'acquitte pas de sa dette doit obligatoirement répondre à des cas prévus par la loi. De surcroît, cet emprisonnement doit obligatoirement être judiciairement prononcé si bien qu'on assiste à la disparition totale de l'emprisonnement privé et contractuellement prévu.

7. Tant les Révolutionnaires que les rédacteurs du Code civil se sont interrogés sur l'opportunité du maintien de la contrainte par corps. En effet, animés par les idées Révolutionnaires telles qu'on les retrouve dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, la contrainte par corps s'intègre mal avec celles-ci. En effet, l'emprisonnement pour dette apparaît peu compatible avec le principe de la liberté et plus généralement avec les droits de l'Homme. Malgré ces considérations, le Code civil de 1804 va maintenir la contrainte par corps et Portalis considéra alors que celle-ci

²⁰ Cette publicité consistait le plus généralement dans une proclamation publique de l'insolvabilité du débiteur. Le but recherché était d'avertir le public « qu'on ne peut sans imprudence faire affaire avec lui », V. à ce propos : J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, 2^e éd., n°679 et s.

²¹ L'humiliation de l'insolvable prenait différentes formes. Celle qui est certainement la plus connue et la plus répandue à cette époque est l'obligation pour le débiteur de porter le « bonnet vert », considéré comme infamant. Mais celle-ci pouvait également prendre la forme d'une exposition du débiteur insolvable sur la place publique, parfois entièrement dénudé ou alors accoutré de manière ridicule. Ce dernier devait alors crier plusieurs fois « Je fais cession de mes biens » : J.-P. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*

²² Si le prix de vente du patrimoine du débiteur ne suffisait pas à désintéresser l'ensemble de ses créanciers, ce dernier était tenu de jurer qu'il honorerait ses dettes en cas de retour à meilleure fortune. Si ce dernier ne s'exécutait pas volontairement, alors ses créanciers pouvaient le saisir à nouveau et également le contraindre par corps.

²³ Ordonnance de Louis XIV donnée à Saint-Germain-en-Laye en avril 1667 sur la justice civile.

constituait un « moyen de coaction pour forcer un débiteur à remplir ses engagements »²⁴. La contrainte par corps sera ainsi codifiée aux articles 2059 et suivants du Code civil de 1804²⁵ qui déterminent les cas dans lesquelles celle-ci doit être prononcée par les tribunaux et les cas dans lesquels ces derniers peuvent surseoir à l'appliquer. C'est par une loi du 22 juillet 1867²⁶ que la contrainte par corps va disparaître. Étonnamment, la disparition de la contrainte par corps va avoir pour conséquence d'entraîner l'extinction de la procédure de la cession des biens du débiteur au profit de ses créanciers et c'est ainsi que les actions des créanciers pour le recouvrement de leur créance deviennent individuelles. En revanche, la disparition de ces procédures n'aura aucunement pour effet de venir déculpabiliser un débiteur insolvable.

8. Cette moralisation de l'insolvabilité du débiteur est un héritage du droit canonique. Saint Thomas d'Aquin, conseillait ainsi l'excommunication pour le débiteur insolvable mais également pour l'usurier. Les citoyens y étaient sensibles car ces derniers se trouvaient privés de sacrement et de sépulture. Cette position du droit canon a eu pour effet de culpabiliser le débiteur insolvable. Ce dernier est alors rejeté et mis au ban de la société. Par ailleurs, la condamnation du créancier usurier condamne toute pratique du prêt à intérêt. En effet, il ne s'agit pas de l'usure telle que nous l'entendons aujourd'hui, mais il s'agit de tout prêt moyennant rémunération du prêteur. Autrement dit, l'Église considérait que l'action par laquelle on vient en aide à son prochain serait récompensée par l'action de Dieu. Malgré la disparition des juridictions ecclésiastiques, cette condamnation morale de l'insolvable et cette défiance envers le prêt à intérêt va persister. On observe ainsi qu'au début du XX^e siècle,

²⁴ J.-E.-M. PORTALIS, *Opinion de Portalis sur la contrainte par corps*, Séance du 24 ventôse an V, Paris, Impr. Nationale, 1797, 23 pages.

²⁵ Selon ces dispositions, la contrainte par corps peut être prononcée à l'encontre du débiteur d'un compte qui ne peut pas en présenter le solde au jour fixé.

²⁶ Loi du 22 juillet 1867 sur les sociétés, *Recueil Duvergier*, p. 241.

il existe en France un vrai « marché noir »²⁷ du crédit. En effet, cet héritage canonique va avoir pour effet d'exclure une grande partie de la population du marché du crédit, les obligeant à s'adresser à des prêteurs douteux. Ainsi, puisque le prêt moyennant rémunération du prêteur est interdit et que l'intérêt a toujours eu pour dessein de couvrir le risque du prêteur qui octroie le crédit, les personnes les plus modestes se voyaient opposer des refus de la part des plus fortunés. Conséquemment et contrairement, à ce que l'on peut observer aujourd'hui, les personnes les moins endettées étaient les plus pauvres alors que les classes supérieures pouvaient être lourdement endettées.

9. Il est également intéressant de remarquer que cet endettement des bourgeois et des nobles n'était pas problématique en soit en ce sens que, si le prêt n'était pas en lui-même rémunéré, il était néanmoins source d'obligation morale pour celui qui le contractait. Autrement dit, ces prêts étaient utiles pour ceux qui les octroyaient car ils constituaient des moyens de pression pour obtenir des promesses, des informations ou encore des services²⁸. De manière générale, la seule menace de la réclamation de la dette suffisait pour que le débiteur s'exécute. L'endettement, voir l'insolvabilité était ainsi propre à la classe sociale à laquelle on appartenait et n'était pas à proprement parler source de contentieux²⁹. Cette image de l'endettement des ménages va néanmoins être bouleversée suite à l'industrialisation de masse qui va s'opérer en Europe occidentale.

²⁷ S. EFOSSE, « Pour ou contre le crédit à la consommation ? Développement et réglementation du crédit à la consommation en France dans les années 1950 et 1960 », *Entreprises et histoire*, 2010, n° 59, p. 58-79.

²⁸ Pour une étude détaillée et complète de l'endettement des ménages dans l'Europe préindustrielle, v. : L. FONTAINE, « La dette comme signe d'appartenance dans l'Europe des XVIIe et XVIIIe siècles », *Finance et bien commun*, 2010/2-3, n° 37-38, pages 28 à 44.

²⁹ L. FONTAINE, « La dette comme signe d'appartenance dans l'Europe des XVIIe et XVIIIe siècles », *préc.*

10. La « problématisation » de l'insolvabilité des particuliers mais également la nécessité d'encadrer législativement le crédit est la conséquence de la modification économique de notre société postindustrielle. Assistant à de nouveaux modes de consommation, le droit a dû s'adapter afin de permettre le maintien et le développement de cette nouvelle forme de croissance économique. La Révolution industrielle a eu pour effet d'améliorer les niveaux de vie, que l'on considère le revenu résultant du travail, l'alimentation et globalement la croissance économique. La première conséquence a été de permettre l'émergence d'une classe moyenne qui va aspirer à tout le confort moderne. Néanmoins, malgré une baisse des prix de nombreux produits par la production de masse, il est très vite apparu que ces foyers n'avaient pas l'épargne nécessaire à ces acquisitions. Or, fruit d'un véritable équilibre entre la production et la consommation, l'équilibre économique imposait que ces richesses produites soient consommées³⁰. Ces foyers se sont alors naturellement tournés vers le crédit. Cependant, puisqu'il n'existait aucun cadre législatif encadrant ces contrats de crédit, ces derniers se voyaient tenus dans des engagements impossibles à honorer. Comme il a déjà été souligné, il existait un véritable « marché noir » du crédit³¹, plaçant les particuliers français en position de proies face à des prêteurs peu scrupuleux. De surcroît, si le crédit a d'abord été considéré comme un moyen permettant à des foyers modestes d'accéder à certains biens de consommation, il a ensuite été exploité comme facteur de croissance économique.

11. Afin de remédier à ces pratiques abusives, les pouvoirs publics ont commencé à légiférer sur le marché du crédit à la consommation afin d'offrir un

³⁰ A. COPPOLANI, L. DUMONT, J. GRONDEUX, J.-. MANIVIT, *Histoire économique et sociale du XX^e siècle*, ss la direction de J.-F. MURACCIOLE, Ellipses, coll. Transversale économie, 2002, 379 pages, *spéc.* p. 188 et s.

³¹ S. EFOSSE, « Pour ou contre le crédit à la consommation ? Développement et réglementation du crédit à la consommation en France dans les années 1950 et 1960 », *préc.*

cadre légal aux consommateurs. Défini alors comme étant « tout crédit consenti à des particuliers pour le paiement de biens de consommation et de services »³², la première initiative législative sur le marché du crédit à la consommation date de 1953³³. Mais c'est en 1966, avec l'adoption de la première loi³⁴ réprimant l'usure, que l'action législative, tendant à encadrer le crédit à la consommation, prend naissance. Mettant en place l'interdiction de l'usure qui est définie comme étant le fait de consentir un « prêt conventionnel dont le taux effectif global excède, au moment où il est consenti, de plus d'un quart, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les banques et les établissements financiers enregistré par le Conseil national du crédit »³⁵, la loi du 28 décembre 1966 vient également interdire les pratiques illégales de prêts d'argent. Cette loi, que l'on peut juger timide face au développement et aux sollicitations de plus en plus nombreuses des emprunteurs, marque néanmoins le changement d'état d'esprit du législateur face au marché du crédit à la consommation. Elle viendra ainsi faciliter les réformes futures.

12. De surcroît, la loi sur l'usure marque également la première approche de la prévention de l'endettement excessif de la personne physique. Cette loi est d'importance dans l'étude des mesures de prévention du surendettement des particuliers car elle constitue assurément la première initiative législative visant à limiter les taux d'endettement des personnes physiques. Elle marque également l'orientation adoptée par le législateur en matière de prévention du surendettement. En effet, adoptée alors que la première loi sur la prévention du surendettement ne sera promulguée que vingt-cinq ans plus tard, la loi sur

³² Archives historiques de la Banque de France (ABDF), direction générale du crédit, Conseil économique, Etude du crédit à la consommation, 1953-1954.

³³ S. EFOSSE, « Pour ou contre le crédit à la consommation ? Développement et réglementation du crédit à la consommation en France dans les années 1950 et 1960 », *préc.*

³⁴ Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité : *JO* du 29 décembre 1966, p. 11623.

³⁵ Définition donnée de l'usure dans l'article 1 de la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 : *op. cit.*

L'usure vient néanmoins inscrire l'idée selon laquelle la prévention du surendettement doit automatiquement passer par une limitation du taux d'endettement des personnes physiques. Il est effectivement intéressant de relever que ce postulat de départ n'est pas nécessairement celui adopté par d'autres législateurs qui considèrent, quant à eux, que la réglementation de l'usure est un facteur qui, au contraire, provoque le surendettement des particuliers³⁶.

13. C'est avec les lois « Scrivener I »³⁷ et « Scrivener II »³⁸ que le législateur vient réellement mettre en place un cadre législatif de formation et d'exécution des contrats de crédits à la consommation et immobilier. Ces dispositions viennent radicalement modifier la politique adoptée face aux contrats de crédit. En effet, passant d'une politique de dédramatisation du crédit et d'encouragement des particuliers à y recourir, le législateur commence à encadrer la pratique des prêteurs, en mettant en place une protection des emprunteurs afin que ces derniers ne se retrouvent pas tenus dans des engagements impossibles à honorer. Une défiance à l'égard des prêteurs s'est

³⁶ En effet, l'état de surendettement est nécessairement provoqué, dans une société dont le pouvoir d'achat des ménages est fondé en partie ou en totalité sur le marché du crédit, par l'impossibilité pour ces derniers d'y accéder. Il est ainsi moins question de taux d'endettement que d'éligibilité du candidat à l'emprunt, en ce sens que, malgré un taux d'endettement déjà élevé, la personne physique tombera en situation de surendettement seulement si les prêteurs lui refusent un nouveau crédit. C'est le raisonnement adopté par les pays anglo-saxons où les « ménages vivent à crédit ». Des études américaines ont démontré que la réglementation de l'usure mettait un frein à la croissance du marché du crédit à la consommation et immobilier puisque, le taux d'intérêt d'un prêt sert à couvrir le risque de non remboursement du débiteur. De la sorte, face à un débiteur déjà lourdement endetté ou disposant de faibles revenus, le prêteur ne pouvant dépasser un certain taux, peut ainsi se trouver dans l'incapacité d'octroyer le prêt. De la sorte il n'existe aucune réglementation sur l'usure aux Etats-Unis. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer qu'en Europe, seuls la France et l'Italie disposent d'une loi réglementant l'usure. Cela ne veut pas pour autant dire que les autres Etats membres adoptent un système totalement libéral à l'égard de nos voisins outre-Atlantique. En effet, mais l'appréciation des taux d'intérêts excessifs est soit laissée à l'appréciation des tribunaux ou déterminée en fonction de chaque type de crédit octroyé : « Une transition achevée vers un nouveau cadre réglementaire », Comité de suivi de la réforme de l'usure, Banque de France, 2013.

³⁷ La loi n°78-22, dite « Scrivener I » du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit : JO, 11 janvier 1978, p. 299.

³⁸ La loi n°79-596, dite « Scrivener II » du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier : JO, 14 juillet 1979, p. 1836.

alors installée et ils vont être de plus en plus considérés comme responsables d'un endettement excessif des particuliers. Cette responsabilisation des professionnels est le résultat de la complexification³⁹ de leurs pratiques et l'agressivité de plus en plus grande de leurs publicités qui sollicitent davantage les emprunteurs⁴⁰. Ces techniques pouvaient assurément laisser le débiteur dans une incompréhension presque totale de l'exacte teneur de son engagement. Nonobstant cette observation, la montée en masse des débiteurs insolvables est également le fruit d'une période de ralentissement économique, d'une baisse du pouvoir d'achat des consommateurs et d'une montée en flèche du chômage⁴¹. Ainsi, malgré l'encadrement des pratiques bancaires dans le domaine du crédit à la consommation et immobilier, il est apparu nécessaire, face à la situation dans laquelle se trouvait au moins 200 000 foyers français⁴², d'adopter des mesures de traitement collectif de l'endettement excessif de la personne physique mais également de prévenir ces situations.

14. A l'instar d'autres pays membres de l'Union européenne le droit français allait s'atteler à la lourde tâche du traitement du surendettement mais

³⁹ Création de nouvelles formes de crédit à la consommation, notamment le crédit revolving enfermant l'emprunteur dans un endettement de très longue durée ou encore l'apparition des cartes de crédit avec lesquelles ont peur régler des achats mais qui s'alimentent à l'aide du même type de crédit,....

⁴⁰ V. sur ce point l'article très instructif, qui retrace parfaitement l'évolution de l'état d'esprit du législateur en matière de publicité du crédit, mais également la sollicitation des particuliers qui se fait de plus en plus incisive de la part des professionnels, de H. DUCOURANT, « L'offre de crédit dans les catalogues de vente par correspondance (1974-2001). De l'outil de gestion budgétaire à l'accompagnement des ménages dans leur carrière de consommateur », *Entreprises et histoire*, 2010, n° 59, p. 41-56.

⁴¹ G. GLOUKOVIEZOFF, F. NEUVY et S. PLOT : « Crédit à la consommation et surendettement des ménages », *Entreprises et histoire*, 2010, n° 59, p. 112 à 121. Plus généralement sur les causes à l'origine de la création du droit du surendettement, v. S. PLOT, *Les enjeux d'une mise en risque : la construction du surendettement comme problème public (1989-2010)*, Thèse de doctorat en sciences politiques, Paris Dauphine, 2011, 481 pages.

⁴² Le nombre de 20000 foyers et de particuliers frappés par le surendettement a été avancé au moment de l'adoption de la loi n° 89-1010, dite « Neiertz » du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles : *préc.*

également de sa prévention dans une loi du 31 décembre 1989⁴³. La France a été le deuxième État membre de l'Union européenne⁴⁴ à adopter des mesures de traitement et de prévention du surendettement des particuliers en 1989⁴⁵. Aujourd'hui, ce sont plus de dix-neuf États membres de l'Union européenne qui ont adopté une législation relative au traitement du surendettement des particuliers et ceux qui n'en disposent pas sont actuellement en voie de son élaboration⁴⁶. Il n'existe pas de droit commun européen du traitement du surendettement des particuliers et l'unification des législations des différents États membres s'avère extrêmement délicate. En effet, si elles ont chacune pour objectif de permettre à un débiteur impécunieux de « rebondir » et, dans les cas les plus graves un effacement, plus ou moins facilité, des dettes de ce dernier, ces différentes législations ne se ressemblent pas pour autant.

⁴³ Loi n° 89-1010, dite « Neiertz » du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, *préc.*

⁴⁴ La France a été précédée par le Danemark qui a adopté une procédure de traitement du surendettement des particuliers, dite la *Gældssaneringslov* le 9 mai 1984. Pour une étude d'ensemble, v. : J. J. KILBORN, « Expert recommendations and the evolution of European best practices for the treatment of overindebtedness, 1984-2010 », Social science research network, 2010 : <http://ssrn.com/abstract=1663108> (consulté le 3 septembre 2014).

⁴⁵ Tout du moins la France a-t-elle été le deuxième État membre à mettre en place une procédure de traitement collectif du passif exclusivement réservée aux personnes physiques et qui s'applique à l'ensemble de son territoire. En effet, le territoire de l'Alsace-Moselle, annexé à l'Empire Allemand à la fin de la Première Guerre, s'est vu appliquer des régimes législatifs différents. Ainsi, lors de son annexion à l'Allemagne, des lois françaises, prises antérieurement, continuaient de s'appliquer et il en a été de même lorsque ce territoire est redevenu français. Or, l'Empire Allemand, par une loi de 10 février 1877 est venue mettre en place une procédure de faillite personnelle pouvant indifféremment s'appliquer aux personnes physiques et aux personnes morales. De la sorte, le « droit local » de l'Alsace-Moselle connaissait déjà une procédure de traitement collectif du passif d'un débiteur et il est naturel de se questionner sur le choix du législateur en 1989. En effet, on peut facilement considérer qu'il aurait été plus simple d'élargir la procédure de la faillite civile à l'ensemble du territoire français. Il semble que le choix opéré par le législateur a été motivé par le souci de ne pas venir heurter les conceptions françaises d'un engagement contractuel. Le droit Alsacien-Mosellois s'applique à l'ensemble des débiteurs, qu'ils soient de bonne foi ou non (la condition de la bonne foi du débiteur souhaitant bénéficier de la procédure de la faillite civile a été introduite en 2003 face aux abus de certains débiteurs qui cumulaient des emprunts pour délibérément tomber en état d'insolvabilité notoire et ne pas rembourser les sommes empruntées), et met en place à l'instar de ce qui est pratiqué pour les personnes morales, une vente judiciaire des biens du débiteur failli et dans l'éventualité où les fruits de cette vente ne suffisent pas à désintéresser l'ensemble des créanciers, une clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

⁴⁶ Il s'agit majoritairement des nouveaux États membres de l'Union européenne.

15. Selon l'étude menée par le Service des affaires européennes sur le traitement du surendettement⁴⁷, chaque législation obéit à des règles différentes en terme, non seulement de condition d'accès au bénéfice d'une telle procédure, mais également quant aux conséquences de la mise en œuvre de la procédure de traitement. Autrement dit, cette étude comparative permet de constater que certaines de ces législations ne sont pas uniquement réservées aux personnes physiques et s'appliquent indifféremment à celles-ci, comme aux personnes morales⁴⁸. A l'inverse, la Belgique, la France ou encore le Danemark⁴⁹, ont fait le choix de mettre en place deux procédures qui sont respectivement réservées aux personnes physiques et aux personnes morales. Au-delà de ces disparités, on observe également des caractéristiques propres à chacune de ces procédures quant aux conditions d'accès des débiteurs à celle-ci⁵⁰ mais également quant aux dettes susceptibles de faire l'objet d'un rééchelonnement ou d'un effacement⁵¹. Ainsi, il ressort de cette rapide étude comparative que le législateur français a préféré faciliter et raccourcir la procédure de désendettement mais en venant la limiter aux seuls débiteurs de bonne foi, tandis que d'autres, ont préféré faciliter l'accès pour tous les débiteurs à la mise en place de plans conventionnels

⁴⁷ Service des affaires européennes, « Traitement du surendettement », 1998, site du Sénat : www.senat.fr/lc/lc37/lc37.html (consulté le 3 septembre 2014).

⁴⁸ Tel est le cas en Allemagne, Angleterre, Pays de Galles ou encore des Pays-Bas.

⁴⁹ Les autres Etats Scandinaves s'étant servis du modèle danois ont également mis en place une procédure différente pour les personnes physiques et les personnes morales.

⁵⁰ En France, le bénéfice de la procédure de surendettement est exclusivement réservé au débiteur de bonne foi alors que cet élément est source de sanction dans d'autres législations. Autrement dit, le débiteur qui n'est pas de bonne foi est automatiquement exclu de la procédure de surendettement, que ce soit pour la mise en place d'un plan d'apurement ou pour une mesure d'effacement de ses dettes alors que dans les autres pays membres, cette notion de bonne foi vient seulement exclure un débiteur du bénéfice de l'effacement de ses dettes. Ainsi, un débiteur Belge peut se voir refuser une remise de dettes suite au non respect de ses obligations. En Angleterre et en Allemagne, seuls les cas de fraude peuvent empêcher un débiteur d'obtenir un effacement de ses dettes. Les pays Scandinaves, quant à eux, exigent la bonne foi du débiteur qu'au stade de l'effacement des dettes mais par pour un plan amiable d'apurement du passif.

⁵¹ La France fait échapper à l'effacement des dettes, sauf accord du créancier, les dettes alimentaires ou encore celles résultant d'une réparation pécuniaire allouée aux victimes dans le cadre d'une réparation pénale. Les législations Allemande, Autrichienne, Tchèque et Estonienne empêchent l'effacement de telles dettes pour des dommages résultant de délits et crimes intentionnels.

d'apurement du passif et en réservant le désendettement judiciaire aux seuls débiteurs de bonne foi.

16. Le choix de réserver exclusivement le bénéfice de la procédure de traitement du surendettement aux seuls débiteurs de bonne foi apparaît comme inévitable au regard des difficultés qui ont précédé l'adoption de la loi Neiertz du 31 décembre 1989. En effet, puisque les dettes non professionnelles exigibles et à échoir, qui composent le passif patrimonial du débiteur surendetté sont majoritairement d'origine contractuelle, il n'est pas évident pour le civiliste d'admettre que le droit s'intéresse au problème du surendettement. Ce n'est pas tant que les juristes ne reconnaissent pas le phénomène du surendettement en lui-même, mais la difficulté réside dans l'admission de l'idée selon laquelle les difficultés économiques du débiteur puissent être une cause d'extinction de l'obligation contractuelle. Cette difficulté est d'autant plus grande, lorsque cette cause entraîne une extinction de l'obligation contractuelle en libérant le débiteur sans désintéresser le créancier⁵². En effet, une telle issue de l'exécution du contrat est très éloignée des principes qui fondent le droit commun des contrats.

17. En effet, le principe de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat constituent le socle, voir la « sève » du droit des contrats. Issu de la philosophie des Lumières dont les rédacteurs du Code civil étaient animés, l'autonomie de la volonté est directement issue de la proclamation de la liberté de chaque individu. Or, l'obligation contractuelle étant contraignante pour la personne qui la contracte, elle ne peut qu'être issue de sa propre volonté. Cette liberté absolue de la personne a amené les rédacteurs du Code civil à considérer que, si la personne était tenue d'une obligation, elle ne pouvait

⁵² On pense à la procédure d'effacement des dettes en cas de procédure de redressement personnel du débiteur surendetté.

résulter que de sa propre volonté car seulement celle-ci pouvait la contraindre envers une autre. Partant, puisque la personne s'engage librement, elle se doit d'honorer son engagement et, résultant d'une libre négociation et d'un libre accord de volontés, le contenu du contrat est nécessairement juste⁵³. Ainsi, participant de l'intangibilité des contrats, l'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat, sont les fondements même de la théorie générale de l'obligation. Ce sont ces conceptions qui ont donné naissance à la célèbre formule de l'article 1134 du Code civil selon lequel « Les conventions légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »⁵⁴.

18. Reposant sur une conception ultra libérale, il est très vite apparu que l'idée selon laquelle, chaque homme est libre et égal à un autre, reposait sur une utopie. En effet, annoncé comme garant de cette liberté, le principe de l'autonomie de la volonté s'est transformé en un outil d'assujettissement de certains individus envers d'autres. Il est apparu que non seulement les contractants n'étaient pas tous égaux, mais également que les contrats n'étaient pas nécessairement l'expression de la justice. Ainsi, la liberté proclamée du contractant et, par conséquent, du contenu de son engagement contribuait à ce que « le faible se fasse écraser par le fort ». Alors qu'on assiste au déclin de l'autonomie de la volonté, voir à la « crise du contrat »⁵⁵ pour certains, le

⁵³ Trois conséquences juridiques sont issues de l'autonomie de la volonté. La liberté contractuelle : qui implique la liberté de s'engager contractuellement, le libre choix du contenu de l'obligation, mais également le libre choix de son cocontractant ; la force obligatoire du contrat : l'échange de volonté étant créateur d'obligation, les parties sont tenues à quoi elles ont librement consenti mais elles peuvent également, d'un commun accord, renoncer à leur contrat, mais le juge est également garant du respect de l'expression de cette liberté et ne peut donc pas modifier l'obligation contractuelle ; l'effet relatif des conventions : seules les parties au contrat sont tenues de l'obligation qui n'a pas d'effet pour les tiers.

⁵⁴ La formule est en réalité empruntée à Domat exprimait que « les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites : et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun, ou par les autres voyes qui seront expliquées dans la Section VI » : *Loix civiles*, li. I, t. I, sect. II : VII.

⁵⁵ L'expression est employée à H. BATIFFOL, *La crise du contrat*, Archives de philosophie du droit, t. XIII, 1968, p. 13. Voir également : Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, Lexis-Nexis, 13^e éd. 2014, spéc. n° 76 et s.

principe de l'autonomie de la volonté et ceux qui en découlent, continuent malgré tout à fonder notre régime commun de l'obligation contractuelle⁵⁶.

19. Pourtant, face aux nouvelles formes d'échanges économiques qui sont de plus en plus impersonnels, le législateur s'est vu contraindre d'intervenir dans le domaine contractuel sous la forme de règles encadrant, tant la formation, que l'exécution du contrat mais également en portant atteinte à la liberté même de contracter. En effet, comme le soulignent les Professeurs Planiol et Ripert « la théorie des obligations n'est que la traduction juridique des rapports économiques et moraux entre les hommes. Elle subit donc nécessairement les conséquences de l'évolution de ces rapports »⁵⁷. Ainsi, le législateur est intervenu pour imposer un formalisme déterminant la forme⁵⁸ et le contenu⁵⁹ du contrat, mais il est venu également imposer certains contrats

⁵⁶ Le déclin de l'autonomie de la volonté aura, entre autre, pour effet de donner un essor à de nouvelles conceptions du droit des contrats. On assiste ainsi au développement du mouvement solidariste. Institué par Demogue il s'agit de considérer le contrat comme la volonté des contractants de créer « une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels, absolument comme la société civile ou commerciale » : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, 1931, n° 3. Les idées de Demogue seront reprises par certains auteurs, v. Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXe siècle, études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit, Mélanges Terré, Dalloz, PUF, Juris-Class.*, 1999, p. 603 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997.537 ; A.-S. COURDIER, *Le solidarisme contractuel*, préf. E. LOQUIN, Thèse de droit privé, LGDJ, 2006, 741 pages ; J. CEDRAS, *Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, in *rapport annuel de la Cour de cassation* 2003, IIe partie, Etudes et documents ; D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295. Mais cette approche du contrat ne séduit pas la totalité de la doctrine qui doute de son existence même, v. *Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?*, Trav. Du colloque de La Rochelle, 3-4 mai 2002, Economica, 2004 (ss la direction de L. Grynbaum et M. Picod).

⁵⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français—Tome 6 : Obligations*, Paris, LGDJ, 1952, 1003 pages.

⁵⁸ V. sur ce point : X. LAGARDE, « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999. I. 170 ; et plus généralement : H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} volume, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998, 9^e éd., spéc. n° 59 et s, n° 65 et s.

⁵⁹ V. les conséquences du formalisme sur le contenu du contrat (op.cit.), mais également la législation sur les clauses abusives (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial), qui vient réputer non écrite une telle clause contenu dans un contrat.

aux personnes physiques⁶⁰. De la sorte, si le droit des contrats issu du Code civil reflétait la célèbre formule de Fouillée « Qui dit contractuel, dit juste », force est de constater qu’aujourd’hui, face au déclin de l’autonomie de la volonté, le droit français reflète plus exactement la formule de Lacordaire « Entre le fort et le faible, c’est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit ».

20. Néanmoins, il serait faux d’affirmer que la volonté des contractants n’est plus créatrice d’obligations et que la liberté contractuelle n’existe plus. La volonté continue d’irriguer le droit des contrats en ce qu’elle fait prendre naissance à l’obligation. Il est encore aujourd’hui considéré que le contrat est consensuel, autrement dit, qu’il se forme par la rencontre des volontés des contractants. Le projet de réforme du droit des contrats⁶¹ reflète bien l’importance que conserve la volonté comme source créatrice d’obligation. Ainsi, l’article 1^{er} dudit projet dispose que : « Un contrat est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droit ». Sans disparaître du droit des contrats, l’autonomie de la volonté est néanmoins réduite à sa forme la plus simple. Il en est de même relativement à liberté contractuelle puisque l’article 2 du même projet affirme que « Chacun est libre de contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Autrement dit, constituant encore les fondements du droit des contrats, on vient malgré tout limiter leur portée juste après avoir annoncé leur existence.

⁶⁰ C’est par exemple le cas lorsque le législateur impose au particulier la conclusion d’un certain type de contrat, par exemple l’obligation de souscrire à des assurances obligatoires (véhicule terrestres à moteur, responsabilité civile, scolaire pour les enfants scolarisés...). Mais également lorsque le législateur impose le contenu du contrat, par exemple en matière de contrat de travail ou encore en matière de contrat de crédit à la consommation.

⁶¹ Avant-projet de réforme du droit des obligations, Document de travail, 23 octobre 2003, *Les échos* du 14 janvier 2014.

21. Si le déclin de l'autonomie de la volonté a facilement été admis tant il était évident qu'il faisait reposer le droit des contrats sur une utopie, le recul du principe de la force obligatoire⁶² a été beaucoup plus laborieux. Il serait néanmoins faux d'affirmer que le droit commun des contrats, régi par le Code civil de 1804, ne s'intéresse pas aux difficultés économiques du débiteur d'une obligation contractuelle. En effet, depuis son origine, le Code Napoléonien admet le délai de grâce codifié à l'article 1244-1⁶³. Néanmoins, la prise en compte par les juges dans leur motivation d'octroi d'un tel délai de la situation économique du débiteur est issue d'une réforme législative intervenue en 1936⁶⁴. Les débats qui ont animé la doctrine au moment de l'assouplissement de la procédure du délai de grâce sont révélateurs de l'hostilité générale que l'on peut avoir envers des règles qui ont pour finalité un assouplissement de la force obligatoire du contrat. En témoigne le fameux article du Professeur Georges Ripert, rédigé suite à la modification de l'article 1244 du Code civil. Intitulé : « Le droit de ne pas payer ses dettes »⁶⁵, l'auteur y fustige l'obligation qui est faite au juge d'apprécier l'opportunité de l'octroi d'un délai de grâce selon les capacités financières du débiteur qui en fait la demande. Il en conclut ainsi que les débiteurs sont désormais « tranquilles, ils ne seront plus troublés par leurs créanciers. Il n'est plus question de l'humiliation du délai de grâce. Le législateur leur a donné le droit de ne point payer ».

22. Une autre approche du délai de grâce accordé au débiteur selon ses difficultés économiques est néanmoins possible, puisqu'on peut, au contraire,

⁶² V. A. GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties, études de droit privé français, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. CLXVI, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, 274 pages : l'auteur y souligne que même cette modification du contrat par la volonté des parties, pourtant admise par les rédacteurs du Code civil, a longtemps été délaissée.

⁶³ Selon cet article « (...) compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, le juge peut, dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues ».

⁶⁴ Loi du 20 août 1936 Conseil national économique : JO du 22 août 1936, p. 9074.

⁶⁵ G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », D. H. 1936. 57.

considérer que l'objectif reste celui de l'exécution de son obligation par le débiteur. Autrement dit, quand bien même le délai de grâce accordé au débiteur peut être considéré comme une atténuation de la force obligatoire de l'obligation il en est, en réalité, le garant⁶⁶. En effet, le souci d'accorder des délais de paiement au débiteur peut s'analyser en une simple faveur faite au débiteur et, conséquemment, constituer une atteinte à la force obligatoire du contrat. Mais le délai de grâce peut également être considéré comme une mesure de prévention du surendettement permettant au débiteur de faire face *in fine* à son obligation contractuelle. Dans une telle conception, le délai de grâce est alors un outil permettant de préserver la force obligatoire du contrat en donnant au débiteur, se trouvant en situation de fragilité économique, la possibilité de remplir son engagement selon des termes différents que ceux adoptés dans le contrat. Il s'agit plus d'une modification imposée par le juge de l'obligation contractuelle, qu'une atteinte réelle à sa force obligatoire.

23. Si la lettre des dispositions du Code civil est restée inchangée, la jurisprudence est venue au fil de ses arrêts, assouplir et adapter ses dispositions aux nouvelles formes contractuelles. Pour étayer cette position, il est souvent fait référence à la jurisprudence relative « à la cause, à l'erreur sur la substance, à la réticence dolosive, à la distinction entre l'interprétation et la dénaturation du contrat et de son opposabilité, à la promotion de la bonne foi laquelle irrigue en profondeur non seulement l'exécution du contrat mais aussi sa conclusion »⁶⁷.

⁶⁶ Le droit du surendettement est généralement considéré comme le droit qui contredit les principes fondamentaux du droit des contrats. Or, tout du moins dans sa phase amiable, le droit du surendettement peut au contraire être considéré comme étant un outil permettant de préserver cette force obligatoire. En effet, l'établissement d'un plan amiable d'apurement des dettes n'a pas pour objectif de libérer le débiteur de ses engagements contractuels.

⁶⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Dalloz-Sirey, 2009, 10^e éd., 1294 pages, *spéc.* n° 42 et s.

24. L'influence la plus importante sur le droit des obligations⁶⁸ est celle exercée par les règles mises en place dans le but de protéger le consommateur⁶⁹. Face au foisonnement législatif en la matière⁷⁰, s'est rapidement posée la question de savoir s'il fallait chercher à intégrer ces règles dans le droit des obligations ou si, au contraire, il serait préférable de procéder à une codification annexe de ce droit de la consommation. Le choix a été celui d'une codification du droit de la consommation par une loi du 26 juillet 1993⁷¹ et l'accueil qui en a été fait par la doctrine n'a pas été unanime. Ainsi, si certains remarquaient, même avant la codification du droit de la consommation, que : « le Code civil n'ignore point les rapports entre professionnels et non-professionnels, on se dit que le droit de la consommation pourrait y être intégré sans dépaysement, puisqu'il travaille sur le même schéma. Ce serait, toutefois, ne pas tenir compte du volume de ce droit et de sa complexité, qui risquerait de faire éclater le cadre civiliste »⁷² ou encore, dans le but de justifier cette codification, qu'elle réunit au sein du même code les dispositions pluridisciplinaires tendant à « protéger les consommateurs contre les abus de puissance économique dont ils risquent d'être victime »⁷³. D'autres relevaient que la création d'un tel code était inutile puisque dans la mesure où « nous sommes tous des consommateurs », les règles du droit de la consommation avaient leur place au sein du Code civil, et certains, très critiques, d'en conclure que « le corps de notre droit s'alourdit ainsi, par

⁶⁸ Voir par exemple le développement, au visa de l'article 1147 du Code civil, des obligations d'informations, de mise en garde et de conseil. Mais également l'instauration, dans le projet de réforme du droit des obligations, d'un droit de réflexion et de rétractation (article 23 du Projet de réforme du droit des obligations).

⁶⁹ J. CALAIS-AULOIS, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994. 239 et *RTD com.* 1998. 115 ; N. SAUPHANOR, L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, *préf.* J. Ghestin : *LGDJ*, coll. « Droit privé », 2000, t. 326 ; N. REZPECKI, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, *préf.* G. Wiederkehr : *PUAM*, 2001, p. 2883.

⁷⁰ On dénombre et en ne tenant compte que des lois les plus significatives, pas loin d'une trentaine de textes législatifs.

⁷¹ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 : *JO* 27 juillet 1993, p. 10538.

⁷² J. CARBONNIER, « L'évolution contemporaine du droit des contrats », Introduction à *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier*, PUF, 1986, p. 29-39.

⁷³ J. CALAIS-AULOIS, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *préc.*

empilement de règles, d'une mauvaise graisse sans aucun profit pour le consommateur »⁷⁴.

25. Aussi discutable que puisse être la création du Code de la consommation, le droit du surendettement y a pourtant été intégré. Considéré alors comme étant le résultat d'une accumulation excessive et irréfléchie de crédit, il a semblé opportun au législateur de faire coexister les dispositions relatives au crédit avec celles relatives au traitement des situations de surendettement des particuliers. Or, composé d'un volet préventif et d'un volet curatif, l'intégration du droit du surendettement au Code de la consommation a eu pour effet de ralentir le développement de l'un par rapport à l'autre. En effet, si, au terme d'une législation de vingt-cinq ans on peut, malgré certaines lacunes, considérer que le traitement du surendettement des particuliers est une procédure relativement aboutie et efficace⁷⁵, la même observation ne peut être établie au regard de la prévention qui peine à prendre forme.

26. Ambitieuse dès sa création, la législation sur le surendettement avait pour but de prévenir et de traiter les situations de surendettement des particuliers et des familles⁷⁶. Or, force est de constater que les solutions apportées par la loi ne remplissaient que partiellement ces objectifs ambitieux. En effet, la procédure de traitement restait lourde de conséquences pour le particulier qui en faisait l'objet. Il s'agissait en réalité d'une procédure dualiste, l'une administrative et l'autre judiciaire. La procédure administrative se déroulait devant une commission départementale d'examen des situations de surendettement des particuliers qui était chargée d'élaborer un plan

⁷⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations, préc.*

⁷⁵ G. BIARDEAU, « Le traitement du surendettement, un régime arrivé à maturité », *D.* 2014. 1285.

⁷⁶ Loi n° 89-1010, dite « Neiertz » du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles : *préc.*

conventionnel entre le débiteur et ses créanciers en vue de permettre au premier de redresser sa situation. La procédure judiciaire, considérée comme subsidiaire à la première, car destinée à ne servir que pour les situations de surendettement les plus graves, se déroulait devant le juge d'instance⁷⁷ et instaurait un redressement judiciaire civil avec liquidation des biens du débiteur surendetté. Mais, face à l'engorgement des tribunaux, qui témoigne que le surendettement n'est pas un phénomène marginal et encore moins que ce dernier peut majoritairement être traité par le biais de plans conventionnels de redressement, le législateur est intervenu afin de réformer la législation de 1989. Hormis la loi du 8 février 1995⁷⁸, dont le principal objectif a été une meilleure répartition des missions du juge de l'exécution et des commissions de surendettement⁷⁹, c'est la loi du 29 juillet 1998⁸⁰ qui est la plus significative. En effet, face à l'inefficacité des procédures mises en place afin de remédier au surendettement des personnes se trouvant dans une situation économique totalement obérée, le législateur a mis en place une procédure d'effacement partiel ou total des dettes après une période de moratoire. Face à la multiplication des dossiers déposés auprès des commissions de surendettement et au constat que de nombreux dossiers émanent de personnes ayant déjà bénéficié d'une procédure de traitement d'une situation de surendettement, le législateur est intervenu une nouvelle fois en 2003.

⁷⁷ La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécutions qui a créé le juge de l'exécution a transféré le contentieux du surendettement auprès de ce dernier : *JO* du 14 juillet 1991, p. 9228.

⁷⁸ Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : *JO* du 9 février 1995, p. 2175.

⁷⁹ En réalité il s'agit plus exactement d'un dessaisissement du juge au profit des commissions de surendettement, celui-ci étant relégué au simple rôle d'homologuer des décisions prises par les commissions.

⁸⁰ Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : *JO* du 31 juillet 1998, p. 11679.

27. La loi du 1^{er} août 2003⁸¹ va marquer un tournant dans l'approche législative du traitement du surendettement du débiteur en ce que le législateur va désormais chercher à accélérer les procédures de traitement, en limitant à dix ans la durée du plan conventionnel, en créant la procédure judiciaire de rétablissement personnel au terme de laquelle le débiteur bénéficie d'un effacement immédiat de ses dettes sans période de moratoire. Mais cette législation va également inclure les dettes nées d'un engagement de caution et ainsi élargir la définition même du surendettement. Les législations futures⁸², notamment celle du 1^{er} juillet 2010⁸³ et celle du 17 mars 2014⁸⁴ n'auront de cesse que de venir réduire les délais⁸⁵, de redéfinir la situation de surendettement⁸⁶ ainsi que les rôles respectifs des commissions de surendettement et du juge.

28. Face à ce foisonnement d'interventions législatives dans le but de réformer « la loi originale [qui] avait un caractère expérimental »⁸⁷, la prévention du surendettement, bien qu'objectif affiché expressément par le législateur dans l'intitulé de la loi, apparaît comme le « parent pauvre » du droit du surendettement. On peut, à ce titre, et dès la loi « Neiertz » du 31 décembre 1989, retenir la prévention du surendettement du particulier qui se porte

⁸¹ Loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine : JO du 2 août 2003, p. 13281.

⁸² Il ne s'agit pas ici de faire l'énumération complète des diverses législations qui sont intervenues sur le traitement des situations de surendettement des particuliers.

⁸³ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : JO du 2 juillet 2010, p. 12001.

⁸⁴ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : JO du 18 mars 2014, p. 5400.

⁸⁵ La loi du 1^{er} juillet 2010 est venue réduire le délai d'instruction du dossier par la commission à trois mois, mais également elle impose une réduction de deux ans du plan conventionnel. La durée du plan conventionnel étant alors de deux ans, la loi du 17 mars 2014 est venue le réduire à sept ans (entrée en vigueur de cette disposition est fixée au 1^{er} juillet 2016).

⁸⁶ La loi du 1^{er} juillet 2010 permet au débiteurs propriétaire de leur logement d'accéder à la procédure de traitement des situations de surendettement.

⁸⁷ G. RAYMOND, « Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2010, n°10, étude 11.

caution de la dette née d'un crédit⁸⁸, la création du fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (FICP), servant à recenser les débiteurs éventuellement en difficulté économique⁸⁹ ou la prise en compte des « dettes à échoir »⁹⁰ dans la définition d'une situation de surendettement. Le plan conventionnel d'apurement du passif du débiteur peut également être retenu. En adoptant le même raisonnement qu'à l'égard du délai de grâce, ce plan peut permettre à un débiteur de faire face, *in fine*, à son endettement.

29. Excepté ces mesures de prévention qui, il faut l'admettre, restent très limitées, la législation sur le surendettement s'est longtemps contentée des dispositions protectrices des « lois Scrivener »⁹¹ afin de lutter contre ce phénomène.

30. Également intégré au Code de la consommation par la loi de codification du 26 juillet 1993⁹², les contrats de crédit à la consommation et les contrats de crédit immobilier vont longtemps rester réglementés par les « lois Scrivener »⁹³. Considérés à la fois, comme facteur de croissance économique et comme responsable du surendettement des particuliers⁹⁴, les contrats de crédits

⁸⁸ Codifiées aux articles L. 313-7 et suivants du Code de la consommation, ces mesures prévoient la retranscription par la personne qui se porte caution de mentions manuscrites afin qu'elle prenne conscience de la portée de son engagement.

⁸⁹ En effet, un débiteur inscrit au FICP n'est pas nécessairement surendetté. Cet incident de paiement peut tout simplement traduire une mauvaise gestion d'un budget nullement obéré.

⁹⁰ Article L. 330-1 du Code de la consommation.

⁹¹ La loi n°78-22, dite « Scrivener I » du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit et la loi n°79-596, dite « Scrivener II » du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier : *préc.*

⁹² Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 : *préc.*

⁹³ La loi n°78-22, dite « Scrivener I » du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit et la loi n°79-596, dite « Scrivener II » du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier : *préc.*

⁹⁴ Cette responsabilisation du crédit comme facteur de surendettement est plus prononcée en ce qui concerne le crédit à la consommation qu'en ce qui concerne le crédit immobilier.

à la consommation vont faire l'objet d'un encadrement législatif strict dans les législations qui vont succéder à la réglementation du surendettement des particuliers. Subissant un mouvement initié par le législateur européen qui souhaite ouvrir et développer un marché européen du contrat de crédit à la consommation, une directive européenne va être adoptée le 22 décembre 1986⁹⁵. D'harmonisation minimale, cette directive n'aura pratiquement aucun effet sur la législation française qui se trouve plus protectrice des intérêts de l'emprunteur. Souhaitant mettre en place ce marché du crédit, le législateur européen dans une directive du 23 avril 2008⁹⁶ va imposer des règles d'harmonisation maximales fixant un cadre européen de formation et d'exécution du contrat de crédit aux consommateurs. Cette directive sera transposée dans notre législation par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010⁹⁷ qui va venir réformer en profondeur le régime du contrat de crédit à la consommation. Néanmoins, et malgré cette refonte, force est de constater que si l'encadrement législatif du contrat de crédit à la consommation n'est pas inutile en ce qu'il s'inscrit assurément dans une démarche préventive du surendettement des particuliers, il reste insuffisant.

31. Ces règles préventives du surendettement des particuliers, dans le cadre du contrat de crédit apparaissent, ainsi, comme insatisfaisantes à prévenir le surendettement qui en serait directement issu. En effet, cette insuffisance est à la fois le fruit d'une mauvaise orientation desdites règles sur les risques que peuvent présenter un crédit, mais également le résultat du champ d'application qui leur est donné ou encore de leur rédaction maladroite. Face aux lacunes de

⁹⁵ Directive européenne n°87/102, du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation : JO du 12 février 1987, p. 48.

⁹⁶ Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil : JO du 22 mai 2008, p. 66.

⁹⁷ Loi n° 2010-737 dite « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : JO du 2 juillet 2010, p. 12001.

ces règles, le droit commun des obligations s'est également intéressé au risque pris par un emprunteur et est venu pallier ces insuffisances. Coexistent alors des règles issues du droit de la consommation et des règles issues du droit des obligations, les emprunteurs relevant parfois ou non des deux régimes. Or, si le droit des obligations vient relativement pallier les lacunes du droit de la consommation, la conciliation du droit spécial avec le droit général s'avère difficile et se fait souvent au détriment de la personne que l'on cherche à protéger (Partie 1).

32. Hormis le constat selon lequel l'échec de la prévention du surendettement serait la conséquence de la difficile conciliation des sources des mesures mises en place à cet effet, il semble que l'inefficacité de la prévention soit essentiellement due à une approche partielle du phénomène. S'il est incontestable que l'étude des dossiers de surendettement met en lumière une quantité plus ou moins conséquente de dettes nées d'un contrat de crédit et, plus particulièrement, d'un crédit à la consommation, il semble néanmoins que ce cantonnement de la prévention du surendettement au domaine du droit de la consommation constitue un raccourci trop rapide.

33. Or, pour qu'une prévention soit performante, il faut que le phénomène qu'elle tente de circonscrire ait été bien identifié. C'est sur ce point que les difficultés de la prévention du surendettement prennent naissance. Les chiffres sur le surendettement, consignés par la Banque de France, témoignent à la fois de la diversité du phénomène que l'on tente de prévenir, mais également de l'échec de la prévention mise en place. L'hétérogénéité du surendettement se constate à la fois, quant à la composition du passif et de l'actif patrimonial du débiteur surendetté, son mode de vie, mais également au travers des différentes classes sociales qui peuvent en être frappées. Ainsi, le débiteur surendetté peut à la fois être propriétaire, locataire ou hébergé à titre gracieux, être en recherche

d'emploi ou non mais également célibataire ou vivant en couple, etc.... La difficulté de la prévention du surendettement est alors d'identifier les personnes physiques qui sont susceptibles de tomber en état de surendettement afin de leur apporter l'aide nécessaire et adaptée afin qu'elles puissent y échapper.

34. La pluridisciplinarité d'une notion n'est pas banale en soit mais toute notion pluridisciplinaire se doit d'être régie par une multiplicité de sources. C'est le cas par exemple du droit de la propriété par nature pluridisciplinaire, et qui va intéresser tant le droit civil que le droit pénal, administratif mais aussi le droit de la consommation. Il s'agit là d'une des grandes sources de l'échec de la prévention du surendettement qui reste limitée à ces notions de crédit et d'emprunteur-consommateur. Or, si toutes les personnes physiques surendettées sont ou ont été des consommateurs, cela veut-il pour autant dire que tous les consommateurs sont vulnérables au risque de surendettement ? Autrement dit, le consommateur de crédit à la consommation est-il toujours vulnérable au risque de surendettement et est-ce la seule qualité pour laquelle un particulier va encourir un tel risque ? Incontestablement une confusion s'opère entre les notions d'endettement et de crédit, mais également entre celles de consommateur et de personne vulnérable face au risque de surendettement.

35. Nécessitant de revenir à la définition même de la situation de surendettement, l'identification du débiteur vulnérable face au risque de surendettement n'est pas chose aisée. Celle-ci mettra néanmoins en lumière l'impossibilité pour un droit spécial de prévenir un phénomène pluridisciplinaire. Le risque d'une telle approche est de se trouver confronté aux mêmes difficultés que celles rencontrées dans la confrontation des sources mettant en œuvre des mesures de prévention dans le cadre du contrat de crédit à la consommation. Afin d'échapper à ces écueils, il apparaît fondamental de tenter une reconceptualisation du droit du surendettement en dehors du champ

du droit de la consommation. Ce faisant, c'est peut être et c'est ce que nous tenterons de démontrer, au travers des règles procédurales de traitement du surendettement des particuliers que peuvent être recherchées et trouvées des solutions plus adaptées et plus efficientes au problème du surendettement des particuliers (Partie 2).

PARTIE I.

LA DIFFICILE CONCILIATION DES SOURCES DES MESURES DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT

36. Les mesures de prévention du surendettement des particuliers trouvent originellement leur source dans le droit de la consommation. En effet, constituant une branche du droit de la consommation, depuis la loi de codification de 1993⁹⁸, il est naturellement revenu à ce dernier, la tâche d'élaborer la législation de prévention du surendettement des particuliers.

37. Les mesures de prévention du surendettement édictées par le législateur visent à prévenir l'endettement excessif qui résulterait de la conclusion d'un contrat de crédit mais également d'un contrat de cautionnement. En effet, le contrat de crédit est considéré comme un facteur de croissance économique, mais il est également réputé responsable du surendettement. Or, il est vite apparu qu'il en allait de même pour le contrat de cautionnement, qui en règle général, est conclu en vue de garantir un contrat de crédit, et ne faisait ainsi que déplacer, sur la tête d'une autre personne physique, le poids de l'endettement né de l'octroi du crédit. Fort de ce constat, il est vite apparu qu'il était ainsi nécessaire d'encadrer les contrats de crédit et de cautionnement afin que ces derniers n'emportent pas de conséquences économiques préjudiciables aux personnes physiques qui les contractaient.

38. Néanmoins, face aux incohérences et insuffisances des règles mises en œuvre par le droit de la consommation, les juridictions sur le fondement de principes issus du droit commun des obligations sont venues édicter des mesures prétorienne de prévention. De la sorte, les mesures de prévention du surendettement des particuliers puisent principalement leur source dans le droit de la consommation (Titre 1). Mais, elles prennent également forme par la jurisprudence qui vient pallier aux lacunes des premières (Titre 2).

⁹⁸ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 : *préc.*

TITRE I.

LE DROIT DE LA CONSOMMATION SOURCE PRINCIPALE MAIS INSUFFISANTE DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT

39. Les mesures légales de prévention trouvent leur source dans le droit de la consommation, mais elles sont essentiellement édictées par le droit européen. En effet, celle-ci relèvent du régime mis en place par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010⁹⁹ mais qui vient transposer une directive d'harmonisation maximale édictée par le législateur européen en 2008¹⁰⁰. Le régime européen qui a été imposé au législateur n'emporte pas nécessairement la conviction dans une perspective préventive. Il résulte ainsi, de cette transposition, certaines mesures plus efficaces et d'autres qui le sont moins.

40. Articulées autour de deux notions, les mesures légales tendent, dans un premier temps, à éclairer, autant qu'il est possible, le consentement de l'emprunteur et de la caution. On assiste alors à une maîtrise de l'information donnée à l'emprunteur et à la caution comme mesure de prévention du surendettement (Chapitre 1). Cette maîtrise de l'information, dans le cadre de la formation des contrats de crédit et de cautionnement, va s'efforcer de balayer toutes les phases que va traverser le contrat. Dans un deuxième temps, le législateur va mettre en place un formalisme de formation de ces contrats comme mesure de prévention (Chapitre 2), obligeant les professionnels à respecter un certain nombre d'obligations. Dérogeant ainsi au droit commun des obligations, le droit de la consommation vient mettre en place un régime spécifique de formation et d'exécution des contrats de crédit et de cautionnement.

⁹⁹ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : *préc.*

¹⁰⁰ Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil : *préc.*

CHAPITRE I.

LA MAÎTRISE DE L'INFORMATION, MESURE DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT

41. Dans une perspective préventive, le législateur cherche à encadrer la maîtrise de l'information dans le cadre des contrats de crédit et de cautionnement. Les mesures mises en place à ce titre vont encadrer à la fois la phase précontractuelle et la phase d'exécution du contrat.

42. Cherchant à éclairer le discernement de l'emprunteur et de la caution, la maîtrise de l'information par le législateur va prendre différentes formes. En effet, constamment sollicités par les annonces publicitaires qui sont véhiculées par différentes sources, les personnes physiques sont fortement invitées à contracter. Or, s'il est des domaines de consommation dans lesquels cette conséquence peut être relativisée, ce n'est pas le cas du domaine du crédit à la consommation. De surcroît, face à la multiplication des crédits renouvelables dont la particularité est d'ouvrir au bénéfice de celui qui le contracte une « réserve d'argent », le législateur s'est également préoccupé de maîtriser l'information donnée en cours d'exécution du contrat. Ainsi, fruit d'une législation qui a subi plusieurs réformes, on peut aujourd'hui constater que la maîtrise de l'information dans le cadre du crédit est aboutie (Section 1).

43. Correspondant aux caractéristiques mêmes du contrat de cautionnement, la maîtrise de l'information va prendre une forme différente. En effet, si le professionnel se trouve obligé de délivrer une information au moment de la conclusion du contrat, mais également au moment de son exécution, les obligations qui sont mises en place ne vont pas seulement peser sur ce dernier. De la sorte, la caution est également invitée à transmettre des informations au créancier professionnel au moment de la conclusion du contrat (Section 2).

SECTION I.

LE CONTRÔLE ABOUTI DE L'INFORMATION DANS LES CONTRATS DE CRÉDITS AUX CONSOMMATEURS

44. Fer de lance du législateur dans l'élaboration de la législation préventive du surendettement, la maîtrise de l'information dans le contrat de crédit s'observe à tous les niveaux du processus contractuel. Cherchant par leur mise en œuvre à éclairer au maximum le discernement de l'emprunteur quant à l'opportunité de l'acte qu'il s'apprête à conclure, le législateur a ainsi strictement encadré l'information précontractuelle (§1). Par ailleurs, la multiplication des contrats de crédit renouvelable, dans lesquels les emprunteurs réalisaient mal le montant effectivement emprunté, a fait prendre conscience au législateur de la nécessité d'encadrer l'information en cours d'exécution du contrat (§2).

§ 1. L'ENCADREMENT DE L'INFORMATION AU COURS DE LA PÉRIODE PRÉCONTRACTUELLE

45. L'encadrement de l'information précontractuelle donnée au candidat à l'emprunt revêt deux formes. La première consiste à encadrer l'information générale destinée à inciter le consommateur à la conclusion d'un contrat de crédit qui se fait par le biais de la publicité (A). Le législateur a également voulu maîtriser l'information qui est donnée à un emprunteur lorsque celui-ci sollicite directement un crédit. Dans cette perspective, le législateur a mis en place une fiche d'information qui doit être transmise au candidat à l'emprunt afin d'éclairer le consentement de ce dernier (B).

A. L'OBLIGATION D'UNE PUBLICITÉ NEUTRE

46. Cette obligation de proposer une publicité neutre relative à la promotion du crédit est exigée, tant pour le crédit à la consommation (1), que pour le contrat de crédit immobilier (2). Néanmoins, répondant à des régimes qui leur sont propres, il convient de s'intéresser successivement à ces derniers.

1. La publicité relative aux crédits à la consommation

47. Définie comme étant un message permettant à la fois d'informer le consommateur sur « les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service proposé »¹⁰¹, mais également, de « promouvoir la fourniture de biens et services »¹⁰², la publicité¹⁰³ s'avère aussi nécessaire que dangereuse. En effet, le recours à la publicité permet, grâce à sa large diffusion, de tenir une majorité de consommateurs informés de l'évolution du marché du crédit¹⁰⁴. Néanmoins, une utilisation abusive venant trop solliciter les consommateurs peut s'avérer pernicieuse. De la sorte, le législateur a souhaité encadrer, tant le crédit à titre onéreux que le crédit gratuit¹⁰⁵, par des textes spéciaux qui viennent déroger au droit commun de la consommation relatif à la publicité¹⁰⁶.

48. Ainsi, toute publicité relative à une opération de crédit¹⁰⁷ à titre onéreux doit comporter un certain nombre de mentions et répondre à certains

¹⁰¹ Cass. crim., 12 novembre 1986, n° 85-95.538 : *Bull. crim.*, n° 335.

¹⁰² Article 2 du décret n° 92-280 du 27 mars 1992 pris pour l'application du 1° de l'article 27 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et fixant les principes généraux concernant le régime applicable à la publicité et au parrainage.

¹⁰³ L. ARCELIN-LECUYER, « Droit de la publicité », *PU Rennes, coll. Didact droit*, 2011, 212 pages.

¹⁰⁴ La publicité s'avère d'autant plus importante que l'objectif est de développer le marché européen du crédit.

¹⁰⁵ Il existe, en effet, une grande défiance à l'égard du crédit gratuit, puisque l'objectif recherché par un professionnel est nécessairement le profit ou un gain escompté.

¹⁰⁶ L'article L. 121-1 du Code de la consommation édicte les conditions dans lesquelles une pratique commerciale est qualifiée de trompeuse.

¹⁰⁷ La notion de crédit est définie au 4° de l'article L. 311-1 du Code de la consommation comme étant « une opération ou un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un

critères¹⁰⁸. Ces obligations qui sont faites à l'émetteur d'une publicité portant sur une telle opération sont, depuis la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010¹⁰⁹, codifiées aux articles L. 311-4 et L. 311-5 du Code de la consommation. Le premier desdits textes vient énumérer toutes les informations que le support publicitaire doit obligatoirement contenir¹¹⁰, alors que le second, édicte à la fois des interdictions et des règles de forme¹¹¹. La réforme de 2010 a eu pour effet

crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés ». Par ailleurs le 2^o de l'article L. 311-3 du Code de la consommation vient exclure du champ d'application de la législation relative au crédit à la consommation tous les contrats « dont le montant total du crédit est inférieur à 200 € ou supérieur à 75 000 €, à l'exception de celles mentionnées à l'article L. 313-15, ayant pour objet le regroupement de crédits ».

¹⁰⁸ Selon l'article L. 311-49 du Code de la consommation, la diffusion d'un message publicitaire non-conforme aux formalités prescrites est punie d'une amende de 1500 €. Par ailleurs, le tribunal peut également « ordonner la publication du jugement et la rectification de la publicité aux frais du condamné ».

¹⁰⁹ Loi « Lagarde », n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : *préc.*

¹¹⁰ L'article L. 311-4 du Code de la consommation oblige l'émetteur d'un message publicitaire à faire figurer dans ce dernier : le taux débiteur et la nature fixe, variable ou révisable du taux, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat, ainsi que les informations relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur ; le montant total du crédit ; le taux annuel effectif global, sauf pour les opérations de location-vente ou de location avec option d'achat ; s'il y a lieu, la durée du contrat de crédit ; s'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement pour un bien ou un service donné, le prix au comptant et le montant de tout acompte ; le montant total dû par l'emprunteur et le montant des échéances.

¹¹¹ L'article L. 311-5 du Code de la consommation dispose que : « Dans toute publicité écrite, quel que soit le support utilisé, les informations relatives au taux annuel effectif global, à sa nature fixe, variable ou révisable, au montant total dû par l'emprunteur et au montant des échéances, ainsi que la mention visée au dernier alinéa, doivent figurer dans une taille de caractère plus importante que celle utilisée pour indiquer toute autre information relative aux caractéristiques du financement, notamment le taux promotionnel, et s'inscrire dans le corps principal du texte publicitaire. Lorsqu'une publicité est adressée par voie postale ou par courrier électronique, distribuée directement à domicile ou sur la voie publique, le document envoyé au consommateur lui rappelle de façon claire, précise et visible son droit de s'opposer sans frais à l'utilisation de ses données personnelles à des fins de prospection ainsi que les modalités d'exercice de ce droit. Lorsque cette publicité indique un taux d'intérêt ou des informations chiffrées liées au coût du crédit, les informations mentionnées au premier alinéa doivent figurer, sous forme d'encadré, en en-tête du texte publicitaire. Il est interdit dans toute publicité d'indiquer qu'une opération ou un contrat de crédit, ou une opération de crédit consistant à regrouper des crédits antérieurs peut être consenti sans élément d'information permettant d'apprécier la situation financière de l'emprunteur, ou de laisser entendre que le prêt améliore la situation financière ou le budget de l'emprunteur, entraîne une augmentation de ressources, constitue un substitut d'épargne ou accorde une réserve automatique d'argent immédiatement disponible sans contrepartie financière identifiable. Lorsqu'une publicité compare le montant des échéances d'un ou plusieurs crédits antérieurs, et le cas échéant d'autres dettes, à celui d'une échéance résultant d'une opération de regroupement de crédits, elle mentionne de manière claire et apparente, d'une part, la somme des coûts totaux des crédits antérieurs et, d'autre part, le coût total du crédit postérieur à l'opération précitée. Il est interdit également dans toute publicité de mentionner l'existence d'une période de franchise de paiement de loyers ou de

d'augmenter le nombre des informations qui doivent être fournies par le professionnel sur son support publicitaire. Si l'objectif du législateur, consistant à mieux informer les emprunteurs est louable, il est souvent souligné que plus il y d'information, moins ces derniers sont enclins à les lire. Ainsi, à trop vouloir informer l'emprunteur dans le souci d'éclairer au mieux sa décision de recourir à tel ou tel crédit, on risque d'obtenir l'effet inverse. Néanmoins, hormis l'augmentation des informations obligatoires énumérées à l'article L. 311-4 du Code de la consommation, la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 est venue mettre en place deux règles importantes.

49. Ainsi, au premier alinéa de l'article L. 311-4 du Code de la consommation, il est fait obligation de mentionner, selon les informations obligatoires fournies, « un exemple représentatif ». Autrement dit, le législateur souhaite que celui à qui la publicité est destinée puisse, par le biais d'un exemple, prendre connaissance du coût du crédit, du taux annuel effectif global (TAEG), de la durée, du montant total dû et des échéances, etc... Cette obligation introduite par la réforme « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010¹¹² semble appropriée. En effet, elle vient, dans un premier temps, atténuer les effets indésirables de la multiplication de l'information dont nous venons de faire état. Un emprunteur, qui n'est pas initié aux rouages de la profession bancaire ainsi qu'au vocabulaire utilisé, est bien en peine de mesurer les implications des mentions obligatoires qui sont fournies sur le support publicitaire. Aussi, ce dernier mesurera certainement plus facilement et concrètement la teneur du crédit proposé par le biais d'un exemple représentatif des effets du contrat. Par ailleurs, la lecture d'un exemple représentatif est peut-être moins fastidieuse que la lecture des

remboursement des échéances du crédit supérieure à trois mois. Cette interdiction ne s'applique pas aux prêts aidés par l'État destinés au financement d'une formation à la conduite et à la sécurité routière et aux prêts garantis par l'État destinés au financement de leurs études par les étudiants. Il est interdit dans toute publicité de proposer sous quelque forme que ce soit des lots promotionnels liés à l'acceptation d'une offre préalable de crédit. »

¹¹² *Préc.*

simples mentions obligatoires, ce qui corrélativement permettra, qu'une majorité d'emprunteurs en prennent connaissance.

50. Le deuxième élément qui est à souligner dans la réforme introduite par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, est relatif à l'obligation d'introduire sur tout support publicitaire, « à l'exception des publicités radiodiffusées », la mention : « Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager »¹¹³. Prenant exemple sur d'autres législations telle que celle relative au tabac ou encore à l'alcool, cette obligation vient susciter l'interrogation quand elle s'applique au domaine du crédit. En effet, comme le souligne Madame Arcelin-Lecuyer, « est-il besoin de rappeler cette évidence à l'emprunteur ? Le bon sens, selon Descartes, ne serait-il plus la chose au monde la mieux partagée ? »¹¹⁴. Il nous semble possible d'interpréter de deux manières possibles cette obligation. Soit, on considère que loin de constituer une protection de l'emprunteur, cette mention vient, au contraire les responsabiliser. Madame Arcelin-Lecuyer relève ainsi que, si l'on transpose au crédit la jurisprudence relative au tabac, cette mention aura pour conséquence de responsabiliser l'emprunteur. En effet, dans pareille situation, la Cour de cassation considère que le fumeur décédé ne pouvait : « ignorer les méfaits de l'usage abusif du tabac, non seulement du fait de l'information légale portée sur les paquets de cigarettes, mais encore de toutes les informations présentées à la connaissance de tous les médias, presse et radio-télévision (...) »¹¹⁵. De la sorte, la protection offerte à l'emprunteur est « sans doute en trompe l'œil »¹¹⁶ puisque ce dernier ne pourra pas engager la responsabilité du prêteur pour manquement à son obligation d'information dans la publicité, ni se dégager de sa propre

¹¹³ Article L. 311-5 du Code de la consommation.

¹¹⁴ L. ARCELIN-LECUYER, « La redondance informative ou le bon sens oublié » : Contrats, conc., consom. 2011, étude 9.

¹¹⁵ Cass. civ. 2^e, 20 novembre 2003, n° 01-17.977 : *Bull. civ.* 2003, II, n° 355 ; *Resp. civ. et assur.* 2004, ss. chron. 5, Ch. RADE ; *RTD civ.* 2004, p. 103, obs. P. JOURDAIN. – V. également, Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 2007 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 350.

¹¹⁶ L. ARCELIN-LECUYER : *op. cit.*

responsabilité en arguant avoir été dans l'ignorance des conséquences du crédit qu'il aurait souscrit. Le risque souligné par l'auteur est, qu'à terme, cette mention atteste, dans le cas d'un surendettement actif, que l'emprunteur était conscient d'aggraver son endettement et qu'ainsi, l'élément intentionnel de la mauvaise foi du débiteur surendetté soit rapporté¹¹⁷. Une autre lecture, plus élémentaire, peut être faite de cette mention. N'est-il pas étonnant de considérer que le législateur estime utile une telle mention ? Autrement dit, cette mention reflète l'idée selon laquelle les candidats à un emprunt n'auraient pas compris qu'un crédit se rembourse, ni qu'il faille vérifier leurs capacités financières avant la conclusion d'un tel contrat. Constituant un message totalement infantilisant pour les emprunteurs, en ce sens que, fort heureusement, la majorité des emprunteurs savent qu'un crédit se rembourse, on s'interroge sur l'efficacité de ce dernier dans une perspective préventive. En effet, face au surendettement passif, qui est la forme la plus répandue de surendettement, ce n'est pas au moment de la conclusion de l'acte de crédit que la vulnérabilité face au surendettement prend naissance, mais en cours d'exécution du contrat. Ainsi, l'obligation faite à l'emprunteur de vérifier ses capacités financières avant la conclusion d'un tel acte apparaît totalement inutile. Cette inefficacité se traduit à la fois par le fait que, là encore, la majorité des emprunteurs vérifient leur capacités de remboursement avant la conclusion d'un tel acte, mais également par le constat que les surendettés passifs disposaient de revenus leur permettant de faire face aux échéances de leurs divers crédits au moment de leur conclusion¹¹⁸.

51. Enfin, se méfiant plus particulièrement des crédits à titre gratuit et des crédits renouvelables¹¹⁹, des règles particulières s'ajoutent à celles que l'on vient d'énumérer pour les messages publicitaires relatifs à ces derniers. Pour les

¹¹⁷ L'article L. 330-1 du Code de la consommation impose que le débiteur surendetté soit de bonne foi pour bénéficier de la procédure de traitement de son surendettement.

¹¹⁸ V. *infra*, n° 349.

¹¹⁹ Les crédits renouvelables enferment sur une longue durée les emprunteurs dans un endettement et sont, de ce fait, souvent accusés de mener les emprunteurs les plus fragiles au surendettement.

premiers, l'article L. 311-27 du Code de la consommation précise que le message publicitaire doit faire mention « de l'escompte sur le prix d'achat éventuellement consenti en cas de paiement comptant » mais également préciser « qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement ». Pour les seconds, les articles L. 311-17 et L. 311-17-1 du Code de la consommation précisent, lorsque le crédit renouvelable est assorti de l'utilisation d'une carte de crédit, que la publicité qui y est relatif doit préciser « les modalités selon lesquelles cette carte offre la possibilité de payer au comptant ou à crédit et l'informe des modalités d'utilisation du crédit ».

2. La publicité relative aux contrats de crédit immobilier

52. La réglementation relative à la diffusion de messages publicitaires faisant la promotion de contrats de crédit immobiliers est principalement issue de la loi du 13 juillet 1979¹²⁰. Composée de trois articles du Code de la consommation, la législation a principalement pour objet l'obligation de faire figurer dans le message « l'identité du prêteur, l'objet et la nature du prêt »¹²¹, ainsi que d'imposer « une présentation lisible et parfaitement compréhensible par le consommateur » de « toutes les mentions obligatoires »¹²². La législation impose également que toute publicité, délivrée dans ce cadre et quel que soit son support, fasse mention du délai de réflexion de dix jours dont dispose l'emprunteur. Enfin, doit être mentionné le fait que « la vente est subordonnée à l'obtention du prêt et que si celui-ci n'est pas obtenu, le vendeur doit lui rembourser les sommes versées »¹²³. Logiquement, il est interdit à la publicité d'assimiler les mensualités de remboursement du prêt à des loyers ou de faire « référence, pour le calcul des échéances, à des prestations sociales qui ne sont

¹²⁰ Loi n°79-596 du 13 juillet 1979, dite « Scrivener 2 », relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

¹²¹ Alinéa 1 de l'article L. 312-4 du Code de la consommation.

¹²² Alinéa 2 de l'article L. 312-4 du Code de la consommation.

¹²³ Article L. 312-5 du Code de la consommation.

pas assurées pendant toute la durée du contrat »¹²⁴. Le non-respect de ces dispositions entraîne une sanction pénale prenant la forme d'une amende de 30 000 €¹²⁵.

53. Il convient de préciser que le régime encadrant la publicité relative à un crédit immobilier va subir une modification par la transposition de la directive du Parlement européen et du conseil du 4 février 2014. En effet, l'article 11 de cette directive met en place une liste de mentions devant obligatoirement figurer dans le message publicitaire, venant de la sorte aligner ce régime sur celui de la publicité relative au contrat de crédit à la consommation¹²⁶. Par ailleurs, ce même article précise que « les États membres peuvent exiger la mention d'un avertissement concis et approprié concernant les risques spécifiques liés au contrat de crédit ». Ainsi, il ne serait pas surprenant, qu'à l'issue de la transposition de ladite directive, soit imposé un slogan similaire à celui qui est imposé en matière de publicité relative à un crédit à la consommation¹²⁷.

B. LA RÉCIPROCITÉ NÉCESSAIRE DE L'INFORMATION DANS LA PHASE PRÉCONTRACTUELLE

54. Avant l'octroi de tout crédit à la consommation¹²⁸, un professionnel se doit de fournir un certain nombre d'informations selon les modalités de

¹²⁴ Article L. 312-6 du Code de la consommation.

¹²⁵ Article L. 312-32 du Code la consommation.

¹²⁶ V. *supra*, n° 47 et s.

¹²⁷ V. *supra*, n° 50.

¹²⁸ A l'heure actuelle, la législation dont nous faisons état ne s'applique qu'aux contrats de crédit à la consommation. Néanmoins, il est important de remarquer que la directive du Parlement européen et du conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation, vient étendre lesdites mesures à ces contrats. Autrement dit, la directive impose à la fois, la délivrance d'un certains nombre d'informations précontractuelles qui doivent être données par écrit ou sur tout support durable (article 14), que le prêteur soit tenu d'un devoir d'explication et d'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur (article 16 et 18). A l'instar de la fiche précontractuelle d'information qui est exigée par l'article L. 311-6 du Code de la consommation, la directive met en place

l'article L. 311-6 du Code de la consommation¹²⁹ ainsi que des explications sur le crédit sollicité¹³⁰. Il est fait obligation au prêteur d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur¹³¹, notamment en consultant le fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers. L'objectif, qui est ainsi recherché par le législateur, est que l'emprunteur puisse donner un consentement éclairé, qu'il soit en mesure d'apprécier clairement l'étendue de son engagement. La loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010¹³² a sensiblement modifié le régime de cette information précontractuelle en supprimant l'obligation de l'offre précontractuelle standardisée (1), tout en mettant en place le devoir d'explication et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur (2). Si aucune obligation ne semble peser sur l'emprunteur, il est tout de même tenu de délivrer une information loyale au professionnel à moins de se voir refuser le bénéfice d'une procédure de traitement s'il tombait en situation de surendettement (3).

1. La discutable suppression de l'offre préalable standardisée

55. Transposant la directive européenne de 2008¹³³, la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 a fait disparaître l'obligation d'une offre préalable qui devait

une « fiche d'information standardisée européenne » (FISE), devant être remplie par tout prêteur qui s'engage, au travers d'une offre de crédit immobilier, envers un consommateur. De la sorte, les remarques qui suivent, devraient, dans un délai de deux ans (délai laissé aux Etats membres pour la transposition de la directive) venir s'appliquer aux contrats de crédit immobilier.

¹²⁹ L'article L. 311-6 du Code de la consommation dispose que : « Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit donne à l'emprunteur, par écrit ou sur un autre support durable, les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement. Un décret en Conseil d'Etat fixe la liste et le contenu des informations devant figurer dans la fiche d'informations à fournir pour chaque offre de crédit ainsi que les conditions de sa présentation ». Le même article précise que la fiche d'information doit également comprendre en caractères clairs et lisibles le slogan imposé au dernier alinéa de l'article L. 311-5. Par ailleurs, les informations que cette fiche doit obligatoirement contenir sont édictées à l'article R. 311-3 du Code de la consommation.

¹³⁰ Cette obligation est édictée à l'article L. 311-8 du Code de la consommation.

¹³¹ Article L. 311-9 du Code de la consommation.

¹³² *Préc.*

¹³³ Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil : *préc.*

répondre à certaines exigences. Largement critiquée en ce que les informations qu'elle mettait à disposition étaient les mêmes que celles de l'offre de crédit, elle présentait néanmoins l'avantage d'être établie selon un modèle type qui permettait au novice de mieux comparer les offres de crédit. Assurant, de la sorte, une meilleure information de l'emprunteur, l'opportunité de sa suppression par le droit européen peut être soulevée.

56. Si aujourd'hui le régime du maintien de l'offre reste le même¹³⁴, nous estimons, à l'instar du Professeur Guy Raymond, que sur ce point, le régime mis en place par la loi « Lagarde » diminue la protection offerte à l'emprunteur¹³⁵. En effet, à partir du moment où les informations précontractuelles sont respectées, le contenu de l'offre de crédit reste libre, ce qui rendra plus ardue la comparaison par l'emprunteur des différentes offres de crédit et, corrélativement, de faire le meilleur choix. Ainsi que le souligne le Professeur Guy Raymond, certaines offres « peuvent être avantageuses quant aux chiffres proposés mais désavantageuses quant aux obligations à naître »¹³⁶.

57. Selon l'article L. 311-6 du Code de la consommation, les informations précontractuelles doivent être données par écrit ou sur tout support durable à l'emprunteur et si celui-ci « sollicite la conclusion d'un contrat de crédit sur le lieu de vente », le prêteur doit veiller à ce que la fiche d'information lui soit remise sur le lieu de vente. Au surplus des informations précontractuelles obligatoires édictées par l'article R. 311-3 du Code de la consommation, la fiche précontractuelle doit reproduire la même mention que le message publicitaire et si le prêteur exige la souscription d'une assurance, l'emprunteur doit être

¹³⁴ Selon l'article L. 311-11 du Code de la consommation : « L'offre de contrat de crédit est établie par écrit ou sur un autre support durable. Elle est remise ou adressée en autant d'exemplaires que de parties et, le cas échéant, à chacune des cautions. La remise ou l'envoi de l'offre de contrat de crédit à l'emprunteur oblige le prêteur à en maintenir les conditions pendant une durée minimale de quinze jours à compter de cette remise ou de cet envoi ».

¹³⁵ G. RAYMOND, « *Droit de la consommation* », Lexis-Nexis, 2011, 2^e éd., spéc. n° 620.

¹³⁶ G. RAYMOND, *op. cit.*

« informé du coût standard de l'assurance, à l'aide d'un exemple chiffré exprimé en euros et par mois »¹³⁷. Dans une perspective préventive du surendettement des particuliers, une mesure prévue par l'article R. 311-3 du Code de la consommation, suscite l'intérêt. En effet, ce dernier dispose en son quatrième alinéa, qu'avant « la remise de cette fiche, et sauf s'il apparaît manifestement que tel n'est pas le cas, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit demande à l'emprunteur si l'opération a pour objet le remboursement d'au moins deux créances antérieures dont un crédit en cours ». Cette disposition est intéressante en ce qu'elle permet de mettre en lumière des difficultés économiques de l'emprunteur et, mise en œuvre avec le devoir d'explication et celui de la vérification de la solvabilité, elle permet de prévenir l'apparition d'un surendettement passif. Il est néanmoins dommage que, dans pareille situation, le prêteur ne se trouve pas obligé d'orienter le candidat vers une commission de surendettement ou un centre communal d'action sociale¹³⁸.

2. L'instauration d'un devoir d'explication du prêteur et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur

58. Souhaitant consacrer législativement le devoir jurisprudentiel de mise en garde¹³⁹, le législateur de 2010¹⁴⁰ a mis en place aux articles L. 311-8 et L. 311-9 du Code de la consommation, le devoir d'explication et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur. Ainsi, depuis 2010, avant l'octroi d'un crédit à la consommation¹⁴¹ à un emprunteur-consommateur¹⁴², le prêteur¹⁴³ est

¹³⁷ Dernier alinéa de l'article L. 311-6 du Code de la consommation.

¹³⁸ Cette disposition peut également être développée et servir de support à la mise en place d'une mesure d'alerte telle que nous le développons, v. *infra*, n° 293 et s. En effet, s'il apparaît que la sollicitation du crédit a pour objectif le remboursement ou le paiement de créances, alors le prêteur pourrait être mis dans l'obligation d'orienter le candidat vers une commission de surendettement ou vers les CCAS.

¹³⁹ Voir *infra* n° 112 et s.

¹⁴⁰ Loi n° 2010-737, dite « Lagarde », du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : JO du 2 juillet 2010.

¹⁴¹ Selon la définition donnée du crédit à la consommation par le 4° de l'article L. 311-1 du Code de la consommation : *préc.*

¹⁴² Selon la définition donnée de l'emprunteur consommateur par le 2° de l'article L. 311-1 du Code de la consommation : *préc.*

débiteur d'un devoir d'explication au terme duquel il doit, à partir de la fiche d'information, donner toutes les explications à l'emprunteur « lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière »¹⁴⁴, tout en attirant son attention sur les principales caractéristiques du contrat et des conséquences de celui-ci sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement. Corrélativement, le prêteur est tenu de vérifier la solvabilité de l'emprunteur avant l'octroi d'un tel crédit selon les modalités de l'article L. 311-9 du Code de la consommation. Ainsi, le prêteur procède à cette vérification à l'aide des documents et informations que l'emprunteur lui communique mais également à l'aide du fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers¹⁴⁵ (FICP). Constituant des indices fragiles de la solvabilité d'un emprunteur, la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 a été l'occasion de relancer l'éternel débat autour de l'opportunité de la création d'un fichier « positif »¹⁴⁶ recensant, pour chaque emprunteur, les crédits dans lesquels il est déjà engagé. Dans cette perspective, l'article 49 de la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 a chargé un comité, placé sous la responsabilité de la banque de France, d'élaborer un rapport dans un délai d'un an à compter de la promulgation de ladite loi, afin de préciser les conditions dans lesquelles un tel fichier pourrait être mis en œuvre. Ce rapport, disponible sur le site de la Documentation française, a été remis au Gouvernement en juin 2011 et a servi de base de travail à la création d'un fichier positif en vue de l'adoption de la loi « Hamon » du 17 mars 2014¹⁴⁷. En effet, les articles 67 et suivants du projet de loi avaient pour projet la création d'un fichier des crédits aux particuliers, devant être codifié aux articles L. 333-6 et suivants du Code de

¹⁴³ Selon la définition donnée du prêteur par le 1^o de l'article L. 311-1 du Code de la consommation : *préc.*

¹⁴⁴ Article. 311-8 du Code de la consommation.

¹⁴⁵ Codifié à l'article L. 333-4 du Code de la consommation, le législateur a mis en place « un fichier national recensant les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels. Ce fichier est géré par la Banque de France, laquelle est seule habilitée à centraliser ces informations. Il est soumis à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

¹⁴⁶ Le terme « positif » est utilisé par opposition au FICP, qu'on nomme également fichier « négatif » qui à l'inverse du premier recense les incidents de paiement.

¹⁴⁷ Loi « Hamon », n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : *préc.*

la consommation. Mais, saisi d'un contrôle de constitutionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 mars 2014¹⁴⁸ a porté un coup d'arrêt à cette création, en déclarant les dispositions relatives à la création du fichier positif inconstitutionnelles. Pour fonder sa décision, le Conseil constitutionnel a d'abord rappelé que le droit au respect de la vie privée de valeur constitutionnelle¹⁴⁹ s'opposait à « la collecte, l'enregistrement, la conservation et à la communication de données à caractère personnel »¹⁵⁰. Par suite, la création d'un fichier recensant de telles informations doit être justifiée, soit par la poursuite d'un principe ou d'un objectif à valeur constitutionnelle, soit par un motif d'intérêt général mais qui serait « mis en œuvre de manière adéquat et proportionné »¹⁵¹ à l'atteinte au droit au respect de la vie privée. De la sorte, le Conseil constitutionnel procède à une étude comparative des différents fichiers existants relatifs à la collecte de données personnelles des particuliers à caractère financier. Il vise, notamment, dans cette analyse, tant le fichier FICOBA, mais également le fichier relatif aux assurances-vie qui, contrairement au fichier litigieux, ont pour objectif de lutter contre la fraude fiscale qui est, lui aussi, un objectif à valeur constitutionnelle¹⁵². Il en arrive ainsi à la conclusion que tel n'est pas le cas dans le cadre de la création du fichier des crédits aux particuliers qui, tout en poursuivant un motif d'intérêt général, n'est pas un objectif à valeur constitutionnelle et, par conséquent, doit être « mis en

¹⁴⁸ DC n° 2014-690 du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation*, *J.O* du 18 mars 2014, p. 5450.

¹⁴⁹ Le droit au respect de la vie privée a une valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1999 (DC, n° 99-416 du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *JO* du 28 juillet 1999, p. 11229) à l'occasion de laquelle le Conseil constitutionnel a déclaré que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « implique le respect de la vie privée ». Or, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen faisant partie du bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a ainsi reconnu une valeur constitutionnelle au droit au respect de la vie privée. Plus généralement, le droit au respect de la vie privée est reconnu à chacun par l'article 9 du Code civil qui dispose que : « Chacun a droit au respect de sa vie privée (...) ». Enfin, ce droit est également reconnu par le droit européen qui dispose, à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, que : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance (...) ».

¹⁵⁰ Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, *Loi relative à la protection de l'identité*, cons. 8.

¹⁵¹ *Op. cit.*

¹⁵² La valeur constitutionnelle de la fraude fiscale a été affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative du 30 décembre 1999. Le Conseil a alors affirmé que : « La lutte contre la fraude fiscale est un objectif à valeur constitutionnelle qui découle nécessairement de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » : DC n° 99-424 du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*.

œuvre de manière adéquate et proportionnée »¹⁵³. Le Conseil constitutionnel relève à ce titre que le fichier litigieux ne peut pas être considéré comme étant l'équivalent du FICP dont les informations sont limitées aux seuls débiteurs ayant des incidents de paiement, alors que le premier viendrait recenser la totalité des débiteurs d'un crédit. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel relève que l'appellation « fichier positif » est trompeuse en ce que les données qui y sont enregistrées sont sensibles puisqu'elles peuvent motiver une décision de refus d'octroyer un crédit. De la sorte, compte tenu de l'ampleur d'un tel registre, du caractère sensible des données, de la longueur de l'inscription, mais également du peu de garanties mises en œuvre quant aux personnes susceptibles d'y accéder, le Conseil constitutionnel en déduit que l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée est disproportionnée à l'objectif d'intérêt général poursuivi. L'analyse de cette décision du Conseil suscite le partage. En effet, on ne saurait être trop prudent quant à la collecte, l'enregistrement et à la communication de données personnelles, surtout lorsqu'elles sont nominatives. Le risque serait alors trop grand d'assister à la création d'une sorte de fichier du pauvre et du riche, excluant *de facto* une catégorie des particuliers du marché du crédit ou autre. Néanmoins, l'argument pris qu'un fichier des crédits aux particuliers ne peut pas s'analyser comme l'équivalent du FICP, puisqu'il peut venir motiver une décision de refus d'octroyer un crédit, laisse quelque peu perplexe. En effet, si tel n'était pas l'objectif poursuivi par le législateur, il n'en demeure pas moins que dans les faits l'inscription d'un particulier au FICP emporte pour conséquence, dans la majorité des situations, une décision de refus d'octroyer un crédit.

59. Mettant fin, tout du moins pour l'heure actuelle, à la création d'un fichier recensant les crédits contractés par un particulier, la décision du Conseil peut surprendre. Ainsi, si la création d'un tel registre a toujours reçu un accueil frileux en France, notamment par le CNIL, un tel registre existe déjà, depuis

¹⁵³ Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012, Loi relative à la protection de l'identité : *préc.*

plusieurs années dans d'autres pays membres de l'Union Européenne¹⁵⁴, sans être pour cela perçue comme portant atteinte à la vie privée des personnes qui y sont recensées. Il existe d'ailleurs un décalage entre les considérations du législateur, des membres du CNIL mais également des membres du Conseil, par rapport à l'attitude des personnes physiques vis-à-vis de l'utilisation de leurs données personnelles. En effet, il nous semble que ces préoccupations de collecte de données à caractère personnel, ne constituent pas un souci de premier ordre pour les consommateurs. Sans diminuer le risque que constituent de tels fichiers, il est à relever qu'à l'heure actuelle beaucoup de données à caractère personnel sont recensées sans que des « garde-fous » suffisants soient mis en place¹⁵⁵.

60. Les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2014 doivent cependant être relativisées. En effet, souvent avancé comme étant la solution à la prévention du surendettement, le fichier positif n'est pas pour autant le remède miracle. En témoignent d'ailleurs, les statistiques relatives au surendettement dans les États ayant mis en place un fichier « positif » et qui ne permettent pas de constater une baisse significative du nombre de personnes surendettées. Cela semble s'expliquer par le fait que le fichier « positif » s'avère être une mesure de prévention efficace relativement au surendettement actif et non passif. Or, l'augmentation du nombre de surendettés passifs n'est pas l'apanage de l'État français et, puisque le fichier « positif » n'est pas efficace face à cette forme de surendettement, le nombre de personnes surendettées ne baisse pas. Ainsi, nous rejoignons parfaitement l'analyse adoptée par le Conseil constitutionnel en ce que, servant à lutter

¹⁵⁴ On peut à ce titre citer à titre non exhaustif : la Belgique, l'Allemagne, la Grande Bretagne, l'Autriche, l'Espagne, le Portugal, l'Irlande.

¹⁵⁵ Nous pensons à toutes les cartes de fidélités distribuées par les grandes enseignes qui recensent des données à caractères personnelles mais aussi, et surtout, à toutes les informations obtenues et « stockées » par le biais d'internet, ou encore par les droits d'accès demandés par les créateurs d'applications pour téléphonie mobile reliée à internet. Les consommateurs sont très peu informés et sensibilisés à cette collecte d'information et utilisent ces services sans se préoccuper du danger considéré.

contre le surendettement actif qui est une forme résiduelle de surendettement, il semble effectivement que l'atteinte au droit au respect de la vie privée par la création d'un tel registre est disproportionnée par l'objectif poursuivi. Enfin, nous tenons à relativiser les conséquences de l'inconstitutionnalité du registre proposé par la loi « Hamon » du 17 mars 2014¹⁵⁶ en raison du caractère incomplet du dispositif. Principalement en raison des discussions âpres qui ont été tenues lors de son élaboration¹⁵⁷, le fichier proposé par la loi « Hamon » du 17 mars 2014¹⁵⁸, se trouvait réduit à « une peau de chagrin », poussant un auteur à se questionner sur l'opportunité de son adoption¹⁵⁹. Souhaitant à l'évidence « ménager tous les protagonistes », le registre proposé par le législateur ne pouvait pas mener à bien la mission qui était la sienne. Ainsi, n'étaient pas répertoriés dans le registre, les crédits portant sur des sommes inférieures à 200 €¹⁶⁰, les crédits immobiliers¹⁶¹ ou encore, les crédits renouvelables octroyés mais non utilisés par le consommateur¹⁶². De la sorte, sans répertorier l'ensemble de l'endettement d'un particulier, le fichier positif, tel qu'il était présenté par la loi « Hamon » pouvait difficilement être considéré comme un outil permettant de détecter les situations patrimoniales fragiles, tout

¹⁵⁶ Loi « Hamon », n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : *préc.*

¹⁵⁷ J. JULIEN, « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2014, n°5, dossier 2.

¹⁵⁸ Loi « Hamon », n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : *préc.*

¹⁵⁹ V. LEGRAND, « Que reste-t-il du registre national des crédits aux particuliers : du mythe à la (dure) réalité », *LPA* du 12 juillet 2013, n° 139, p. 18.

¹⁶⁰ Il nous semble inopportun de s'attacher au montant de l'endettement pour déterminer l'inscription éventuelle d'un crédit. En effet, les crédits d'un montant inférieur à 200 € sont justement ceux auxquels les ménages les plus fragiles ont recours, ne serait-ce que pour faire face, dans un premier temps aux charges courantes. Il apparaît ainsi insensé de prévoir l'inscription dans le registre d'un crédit affecté à l'achat d'une berline de grande marque souscrit par une personne disposant de revenus confortables et, dans le même temps, de ne pas procéder à une telle inscription pour un crédit dont le montant est inférieur à 200 € mais qui a été souscrit par un ménage fragile en vue d'honorer des charges courantes, telle que l'alimentation.

¹⁶¹ Ce sont pourtant ces crédits qui pèsent le plus lourd dans l'endettement d'un ménage.

¹⁶² Ainsi, sans être inscrit dans le registre des crédits aux particuliers, un consommateur peut multiplier les contrats de crédits renouvelables, tant qu'il n'entame pas sa réserve d'argent, sans qu'aucun recensement ne soit fait du nombre qu'il a déjà cumulé. Or, le risque « de créer un réflexe chez les emprunteurs fragilisés qui pourraient être tentés de se créer une réserve de crédit en vue d'un achat important, en souscrivant une multitude de crédits renouvelables qui ne feront l'objet d'aucune déclaration » tant que ce dernier ne les utilisent pas, était bien réel : V. LEGRAND, « Que reste-t-il du registre national des crédits aux particuliers : du mythe à la (dure) réalité » : *préc.*

comme il se révélait insuffisant pour engager la responsabilité d'un prêteur pour octroi de crédits excessifs¹⁶³. De ce fait, les prêteurs ne disposent toujours pas d'un outil leur permettant d'évaluer objectivement la solvabilité du candidat à l'emprunt et doivent toujours se contenter des déclarations faites par celui-ci.

3. L'obligation pour l'emprunteur de délivrer une information loyale au prêteur

61. Cette obligation de délivrer des informations loyales sur leur situation patrimoniale n'est pas directement inscrite dans les textes relatifs à la formation du contrat de crédit à la consommation, ni dans ceux qui sont relatifs à l'information précontractuelle, pas plus que dans ceux relatifs au contrat de crédit immobilier¹⁶⁴. Tout au plus, l'article L. 311-9 du Code de la consommation l'évoque dans le cadre du contrat de crédit à la consommation, mais par le biais de l'obligation de vérification de la solvabilité de l'emprunteur par le prêteur¹⁶⁵. Ainsi, il nous semble quelque peu surprenant et inégalitaire en termes de responsabilité, qu'aucun des textes relatifs à l'information précontractuelle ou encore ceux relatifs à la formation du contrat de crédit, qu'il soit mobilier ou immobilier, n'exige de manière formelle de l'emprunteur qu'il délivre des informations loyales au prêteur. Il est, de ce fait, d'autant plus regrettable que le registre national des crédits aux particuliers n'ait pas vu le jour car, si l'on peut douter de son efficacité quant à prévenir les situations de surendettement, il constitue assurément un outil permettant d'évaluer

¹⁶³ En effet, on ne saurait tenir pour responsable un prêteur qui octroie un crédit à un emprunteur alors qu'il a consulté ledit fichier. Or, ce dernier ne recensant pas tous les crédits détenus par un emprunteur, il s'avère inutile à cet effet.

¹⁶⁴ Néanmoins, sur ce point, l'article 18 de la Directive du Parlement européen et du conseil du 4 février 2014 (*préc.*), précise que les prêteurs se voient dans l'obligation de vérifier les informations transmises par le consommateur que les Etats membres peuvent autoriser le prêteur à résilier le contrat lorsqu'il est « avéré que le consommateur a sciemment dissimulé ou falsifié les informations ». Si nous déplorons, l'absence d'une exigence de loyauté dans les informations que l'emprunteur doit délivrer au prêteur, il nous semble que l'orientation prise par la directive européenne est excessive et ne manquera pas de soulever un lourd contentieux.

¹⁶⁵ Article L. 311-9 du Code de la consommation : *préc.*

objectivement l'endettement d'un particulier au moment où il contracte¹⁶⁶. Néanmoins, alors que les textes relatifs au contrat de crédit à la consommation n'exigent aucune loyauté de l'emprunteur quant à l'information qu'il délivre au prêteur sur sa situation financière, seuls ceux qui sont de bonne foi pourront prétendre à une procédure de surendettement¹⁶⁷. Autrement dit, cette bonne foi n'est pas exigée au moment de la formation de l'acte d'endettement mais elle est exigée du débiteur qui souhaite bénéficier d'une procédure de désendettement. De la sorte, l'emprunteur déloyal au moment de la formation du contrat de crédit se trouve lourdement sanctionné puisqu'il devra, afin de prétendre de nouveau à bénéficier d'une procédure de surendettement, faire « preuve d'une volonté sincère et efficace de redresser sa situation financière »¹⁶⁸.

62. Dans une perspective préventive, cet état de la législation peut surprendre. En effet, en termes de prévention on cherche à éviter que le particulier tombe en situation de surendettement et l'exigence de bonne foi, telle qu'elle est mise en œuvre par les textes, apparaît bien trop tardive. Ainsi, sans remettre en cause l'exigence de bonne foi du débiteur qui souhaite bénéficier du traitement de son surendettement que l'on considère comme opportune, il nous semble néanmoins que celle-ci ne peut pas s'analyser comme étant une mesure de prévention du surendettement des particuliers. De la sorte, il serait bienvenu qu'une telle exigence soit également prévue au moment de la formation du contrat de crédit à la consommation. De cette manière, le prêteur pourrait être tenu d'informer l'emprunteur que, pour bénéficier d'une éventuelle procédure de surendettement, il se doit d'être de bonne foi dans sa déclaration¹⁶⁹. Cela

¹⁶⁶ Tout du moins sous réserve des contrats de crédit qui doivent y figurer. Ainsi que nous l'avons vu, celui proposé par le projet de loi « Hamon » ne permettait pas de vérifier pleinement la solvabilité de l'emprunteur, v. *supra*, n° 58 et s. Néanmoins, il aurait permis une évaluation des informations transmises.

¹⁶⁷ Article L. 330-1 du Code de la consommation.

¹⁶⁸ TGI Nanterre, JEX, 27 juin 1996 : D. 1997. 201, obs. P.-L. CHATAIN et F. FERRIERE

¹⁶⁹ Il ne faut pas minimiser l'effet que peut avoir le spectre de la sanction au stade de la procédure de traitement du surendettement des particuliers. En effet, la seule menace de la sanction d'irrecevabilité de la demande de traitement d'une situation de surendettement peut suffire, pour un grand nombre d'emprunteurs à ce qu'ils fassent preuve de bonne foi dans les informations données au prêteur.

permettrait d'aboutir à un meilleur équilibre entre la situation du prêteur et celle de l'emprunteur¹⁷⁰ mais également de mieux responsabiliser l'emprunteur dans l'acte qu'il s'apprête à conclure. Autrement dit, il semble qu'une telle exigence offrirait l'avantage que l'emprunteur ait une conscience plus accrue de l'acte qu'il s'apprête à conclure, mais également, cela lui permettrait de faire un bilan de sa situation financière. L'appréciation de la bonne foi de l'emprunteur, à ce stade, peut se faire de la même manière que pour la recevabilité de sa demande de traitement de son surendettement¹⁷¹, qui, dans ce cadre, bénéficie d'une présomption de bonne foi¹⁷². En effet, il appartient au prêteur de démontrer la mauvaise foi de l'emprunteur¹⁷³, notion souverainement appréciée par les juges du fond¹⁷⁴.

63. Ne s'étant pas contenté d'encadrer les informations précontractuelles, le législateur a également strictement encadré l'information délivrée au cours de l'exécution du contrat de crédit.

§ 2. LE CONTRÔLE DE L'INFORMATION AU COURS DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE CRÉDIT À LA CONSOMMATION

64. De premier abord, l'obligation de délivrer des informations en cours d'exécution d'un contrat de crédit à la consommation peut surprendre en ce sens, qu'une fois conclu, le contrat de crédit oblige l'emprunteur à rembourser

¹⁷⁰ Voir *infra* n° 147 et s.

¹⁷¹ En application de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, les juges du fond apprécient la bonne foi du débiteur surendetté selon un faisceau d'indices. Ils s'attachent ainsi à la déclaration faite par le débiteur sur ses revenus, sa situation professionnelle, ses actifs, ses emprunts déjà contractés, etc.. L'avantage étant que plusieurs éléments doivent venir établir la mauvaise foi de l'emprunteur, ce qui met ce dernier à l'abri d'une décision d'irrecevabilité de sa demande au motif qu'il aurait omis de déclarer un emprunt déjà contracté ou encore qu'il se serait trompé sur le montant d'un élément déclaré.

¹⁷² Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1991 : *D.* 1991. 307, note B. BOULOC ; *JCP G* 1991. II. 21702, note Y. PICOD.

¹⁷³ CA Paris, 13 novembre 1996 : *Contrats, conc., consom.* 1997, n° 39, obs. G. RAYMOND.

¹⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1991 : *préc.*

les fonds qu'il a reçu du prêteur¹⁷⁵. Néanmoins, toujours dans une perspective préventive du surendettement et dans le souci d'offrir une issue à l'endettement, notamment à l'emprunteur qui s'est engagé dans un crédit renouvelable, le prêteur se voit obligé de délivrer certaines informations au profit de l'emprunteur. Les informations délivrées au cours de l'exécution du contrat de crédit qui sont codifiées aux articles L. 311-21 à L. 311-26 du Code de la consommation, portent à la fois sur l'état d'avancement du contrat de crédit (A) mais également sur la défaillance de l'emprunteur (B).

A. L'OBLIGATION D'INFORMATION DU PRÊTEUR SUR L'ÉTAT D'EXÉCUTION DU CONTRAT

65. Le prêteur est tenu d'informer préalablement l'emprunteur de la modification du taux d'intérêt dans le cadre d'un crédit à taux variable¹⁷⁶. Il est également tenu d'une obligation annuelle d'information sur le montant du capital restant dû¹⁷⁷. Ces obligations d'information ont un effet mesuré en termes de prévention du surendettement puisque, que l'emprunteur puisse y faire face ou non, il sera tenu, soit de la modification du taux d'intérêt, soit des échéances restant dues. Néanmoins, elles offrent l'avantage, pour l'emprunteur consciencieux, de connaître l'état d'avancement de l'exécution de son contrat de crédit et, éventuellement, de mesurer un risque potentiel de surendettement dans l'avenir. Autrement dit, par le biais de ces informations, le débiteur qui se trouve fragilisé par la survenance d'un accident de la vie, peut anticiper les difficultés à venir et solliciter de l'aide, que ce soit directement auprès de son prêteur, d'une commission de surendettement ou encore d'un organisme social.

¹⁷⁵ Or, puisqu'un tableau d'amortissement du prêt lui est délivré, l'emprunteur a pleinement conscience de l'évolution de son contrat.

¹⁷⁶ Article L. 311-21 du Code de la consommation.

¹⁷⁷ L'article L. 311-25-1 du Code de la consommation dispose que : « Que pour les opérations de crédit visées au présent chapitre [voir l'article L. 311-3 du même Code, ndlr], à l'exclusion de la location-vente et de la location avec option d'achat, le prêteur est tenu, au moins une fois par an, de porter à la connaissance de l'emprunteur le montant du capital restant à rembourser. (...) ».

66. S'agissant plus particulièrement du crédit renouvelable, le prêteur est tenu d'informer mensuellement l'emprunteur sur l'état d'exécution du contrat de crédit selon les dispositions de l'article L. 311-26 du Code de la consommation¹⁷⁸. Cette information mensuelle délivrée à l'emprunteur lui permet de prendre clairement connaissance de l'état de son endettement ainsi que du nombre de mensualités restant dues pour parvenir au remboursement du capital qu'il a utilisé. Constituant assurément une mesure de prévention du surendettement, elle permet au débiteur peu attentif de prendre conscience du montant du capital emprunté au titre de son crédit renouvelable. Souvent assorti d'une carte de paiement, le piège de cette forme de crédit réside dans l'ignorance de la réalité du montant emprunté. Or, dans beaucoup de dossiers de surendettement, les consommateurs-emprunteurs font souvent face à plusieurs crédits renouvelables et perdent ainsi de vue le montant du capital emprunté.

B. L'INTERDICTION DU SILENCE DU PRÊTEUR EN CAS DE DÉFAILLANCE DE L'EMPRUNTEUR

67. Indépendamment de la recherche d'un endettement adapté aux capacités financières de l'emprunteur, la prévention du surendettement doit également chercher à faire prendre conscience au débiteur fragile qu'il fait face à des difficultés pouvant le conduire au surendettement. Ainsi, l'article L. 311-22-2 du Code de la consommation impose au prêteur, dès le premier incident de remboursement de l'emprunteur, d'informer ce dernier des risques encourus¹⁷⁹,

¹⁷⁸ Selon l'article L. 311-26 du Code de la consommation, l'information mensuelle doit préciser : « la date d'arrêté du relevé et la date du paiement ; la fraction du capital disponible ; le montant de l'échéance, dont la part correspondant aux intérêts ; le taux de la période et le taux effectif global ; le cas échéant, le coût de l'assurance ; la totalité des sommes exigibles ; le montant des remboursements déjà effectués depuis le dernier renouvellement, en faisant ressortir la part respective versée au titre du capital emprunté et celle versée au titre des intérêts et frais divers liés à l'opération de crédit ; la possibilité pour l'emprunteur de demander à tout moment la réduction de sa réserve de crédit, la suspension de son droit à l'utiliser ou la résiliation de son contrat ; le fait qu'à tout moment, l'emprunteur peut payer comptant tout ou partie du montant restant dû, sans se limiter au montant de la seule dernière échéance ; l'estimation du nombre de mensualités restant dues pour parvenir au remboursement intégral du montant effectivement emprunté, établie en fonction des conditions de remboursement convenues. Ces informations figurent obligatoirement, en caractères lisibles, sur la première page du document adressé à l'emprunteur ».

¹⁷⁹ L'article L. 311-24 du Code de la consommation dispose qu' « en cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus

la même obligation étant exigée pour l'assurance éventuelle qui garantit le contrat de crédit¹⁸⁰. Dans une perspective préventive, une telle obligation est salubre en ce qu'elle permet d'attirer l'attention du débiteur sur ses difficultés. Ainsi, face à un débiteur devant surmonter des problèmes ponctuels, elle peut être à l'origine d'un dialogue avec le prêteur et permettre, par suite, d'adapter l'endettement aux difficultés rencontrées afin que le débiteur ne tombe pas en surendettement. Cependant, cette obligation peut paraître insuffisante pour un débiteur installé durablement dans la précarité en ce que les dispositions de l'article L. 311-22-2 du Code de la consommation n'obligent pas le prêteur à informer l'emprunteur défaillant des solutions qui s'offrent à lui. Or, se trouvant en règle générale socialement isolés, ces emprunteurs ont besoin d'être guidés et épaulés afin de trouver des solutions à leurs difficultés financières. Il serait ainsi relativement aisé d'imposer dans le contenu de l'information délivrée en cas de défaillance de l'emprunteur, des renseignements sur les différentes aides que pourrait obtenir le débiteur¹⁸¹.

mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur pourra demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application des articles 1152 et 1231 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret ». Par ailleurs, l'article L. 141-3 du Code des assurances dispose que : «Le souscripteur ne peut exclure un adhérent du bénéfice du contrat d'assurance de groupe que si le lien qui les unit est rompu ou si l'adhérent cesse de payer la prime. L'exclusion ne peut intervenir qu'au terme d'un délai de quarante jours à compter de l'envoi, par le souscripteur, d'une lettre recommandée de mise en demeure. Cette lettre ne peut être envoyée que dix jours au plus tôt après la date à laquelle les sommes dues doivent être payées. Lors de la mise en demeure, le souscripteur informe l'adhérent qu'à l'expiration du délai prévu à l'alinéa précédent, le défaut de paiement de la prime est susceptible d'entraîner son exclusion du contrat. Cette exclusion ne peut faire obstacle, le cas échéant, au versement des prestations acquises en contrepartie des primes ou cotisations versées antérieurement par l'assuré ».

¹⁸⁰ Article L. 311-22-2 et 22-3 du Code de la consommation.

¹⁸¹ V. *infra* n° 349 et s.

SECTION II.

LE DOUBLE VISAGE DE L'INFORMATION DE LA CAUTION

68. Mise en forme différemment que dans le contrat de crédit à la consommation, le créancier n'en est pas moins tenu dans le cadre de la conclusion d'un contrat de cautionnement, à une obligation de renseignement précontractuelle mais également à une obligation d'information en cours d'exécution du contrat de cautionnement. En effet, strictement encadrée depuis 2003¹⁸², la formation du contrat de cautionnement suppose, en plus des règles de forme¹⁸³, que le créancier se renseigne sur les capacités financières de la caution (§1). De surcroît, à l'instar de ce qui est exigé de lui dans le cadre de l'exécution du contrat de crédit, le créancier est tenu d'une obligation d'information envers la caution au cours de l'exécution du contrat de cautionnement (§2).

§ 1. LA VÉRIFICATION DE LA SOLVABILITÉ DE LA CAUTION À TRAVERS L'OBLIGATION DE PROPORTIONNALITÉ

69. Dans le cadre du contrat de cautionnement, l'obligation faite au prêteur de vérifier la solvabilité de la caution prend indirectement naissance à travers l'obligation de proportionnalité entre le montant de la dette garantie et les biens et revenus dont dispose la caution (A). Néanmoins, si l'objectif poursuivi par le législateur est bien celui de la prévention du surendettement de

¹⁸² Loi « Dutreil », n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l'initiative économique : *préc.*

¹⁸³ V. *infra* n° 91 et s.

la caution, nous aurons l'occasion de constater que l'application qui en est faite par la jurisprudence affaiblit la protection mise en place (B).

A. L'OBLIGATION DE PROPORTIONNALITÉ COMME REFLET DE LA CONCILIATION DES INTÉRÊTS DU CRÉANCIER ET DE LA CAUTION

70. Cette obligation, qui est édictée à l'article L. 341-4 du Code de la consommation empêche ainsi un créancier de se prévaloir d'un cautionnement dont le montant serait disproportionné au regard des biens et revenus de la caution et l'oblige, de la sorte, à se renseigner sur les capacités financières de la caution. En effet, à moins de mettre en échec la garantie qu'il s'est constitué, le créancier se voit dans l'obligation de se renseigner sur les biens et revenus de la caution. Un tempérament est apporté à cette garantie puisque, si la disproportion de l'engagement de la caution se fait au moment de l'engagement de celle-ci, le créancier peut malgré tout se prévaloir de sa garantie si, au moment où elle est appelée en garantie, le patrimoine de la caution lui permet de payer la dette¹⁸⁴. Cette double appréciation de la capacité financière de la caution à garantir la dette nous semble parfaitement judicieuse, tant à l'égard de la prévention du surendettement de la caution, qu'au regard de la fiabilité que constitue le mécanisme du cautionnement en termes de sûreté¹⁸⁵. La protection pécuniaire de la caution oblige le législateur à toujours osciller entre cet objectif et celui du droit des sûretés, qui a pour objet de garantir le paiement du créancier bénéficiaire. En effet, si le créancier rencontre des obstacles trop importants pour mettre en œuvre sa garantie, il n'a alors plus aucun intérêt à se

¹⁸⁴ Cass. com., 5 avril 2011 : *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 176, obs. G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2011. 2863, note S. PIEDELIEVRE. Dans cette espèce, la décision des juges du fond s'est vue censurée aux motifs que ces derniers n'ont pas suffisamment distingué l'appréciation de la disproportion et la capacité de la caution de faire face au montant de la dette au moment où elle est appelée en garantie. Autrement dit, la Cour de cassation rappelle, au visa de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, que la disproportion s'apprécie au moment de l'engagement de la caution mais si cette dernière peut faire face au montant de la dette, eu égard à ses biens et revenus au moment où elle est appelée, le créancier peut tout de même se prévaloir de sa garantie.

¹⁸⁵ Il serait, en effet, extrêmement préjudiciable pour la fiabilité que représente le cautionnement, qu'une caution puisse se défaire de son engagement au motif d'une disproportion entre ses biens et revenus et la dette garantie, si au moment où elle est appelée en garantie, celle-ci peut, sans difficulté, faire face à son engagement.

constituer un tel cautionnement. Ainsi, telle qu'elle est mise en œuvre, l'obligation de proportionnalité nous paraît être le parfait compromis entre la volonté de prévenir le surendettement de la caution et la préservation des intérêts du créancier.

B. L'ALTÉRATION JURISPRUDENTIELLE DE L'EFFICACITÉ DE LA PROTECTION DE LA CAUTION

71. La protection offerte à la caution par l'obligation de proportionnalité est affaiblie par l'application jurisprudentielle qui en est faite, c'est tout du moins le sens que l'on peut donner à l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 14 décembre 2010¹⁸⁶. Dans cette espèce, une personne physique s'était portée caution solidaire, à hauteur de 20 000 €, du prêt accordé par la banque à la société dont elle était gérante. Suite à plusieurs incidents non régularisés sur le compte de la société, la banque assigne solidairement la société et la caution en exécution de leurs engagements. Deux problèmes se posaient en l'espèce. Le premier était celui de savoir si la disproportion entre les biens et revenus de la caution et le montant de la dette garantie devait s'apprécier au regard des biens et revenus déclarés par la caution ou au regard des biens et revenus effectifs de celle-ci. En effet, la caution, qui en réalité était au chômage lors de son engagement, avait déclaré percevoir son ancien salaire ainsi que la détention de valeurs mobilières d'un montant de 40 000 €, et la banque pouvait ainsi légitimement considérer que le cautionnement n'était pas disproportionné à ses biens et revenus. Le second était relatif à la fiche de renseignement qui avait été signée par la caution mais remplie par l'agent de la banque qui avait sollicité le cautionnement. Les juges du fond accueillirent la demande de la banque et condamnèrent solidairement la caution à hauteur de son engagement. Les juges du fond ont considéré, d'une part, que l'appréciation de la disproportion devait

¹⁸⁶ Cass. com., 14 décembre 2010 : *Bull. civ.* IV, no 198 ; *D.* 2011. 156, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP E* 2011. 1117, note D. LEGEAIS ; *Gaz. Pal.* 2011. 473, obs. P. PAILLER ; *ibid.* 958, obs. B. MATHIEU ; *RD banc. fin.* 2011, no 49, obs. A. CERLES ; *RLDA* févr. 2011. 30, obs. V. MAURIES ; *RLDC* févr. 2011. 33, obs. J.-J. ANSAULT.

se faire au regard des biens et revenus déclarés par la caution et, d'autre part, que la caution ne pouvait utilement prétendre que son engagement était disproportionné puisqu'elle avait déclaré, dans la fiche de renseignement, des biens et revenus lui permettant de faire face au montant de la dette. Saisie du pourvoi, la Cour de cassation approuve les juges du fond au visa de l'article L. 341-4 du Code de la consommation. En effet, la Cour considère que la disproportion entre les revenus et biens de la caution devait s'apprécier au regard de ceux déclarés par la caution et, qu' « en l'absence d'anomalies apparentes », la banque « n'a pas à vérifier l'exactitude » des renseignements fournis par celle-ci. Par ailleurs, la Cour considère que « peu important que cette fiche n'ait pas été remplie par la caution, dès lors qu'en la signant, elle en a approuvé le contenu, que la banque avait pu légitimement considérer qu'un cautionnement limité à 20 000 euros n'était pas disproportionné ».

72. La lecture de cette décision suscite un sentiment partagé. En effet, il convient d'approuver le raisonnement adopté par la Cour de cassation selon lequel, une caution qui a sciemment menti sur ses capacités financières, ne peut pas, au moment où elle est appelée en garantie, se défaire de son engagement sur le fondement de l'article L. 341-4 du Code de la consommation. La position inverse serait fortement préjudiciable en ce qu'elle permettrait de récompenser la mauvaise foi et la déloyauté d'une caution. Néanmoins, dans une perspective préventive du surendettement, il est surprenant que la Cour de cassation n'impose pas au créancier de réclamer un minimum de justificatifs des revenus déclarés par la caution¹⁸⁷. Une telle obligation nous semble être le devoir de tout créancier diligent et serait similaire à celle qui est imposée au prêteur dans le cadre de l'octroi d'un crédit¹⁸⁸. De surcroît, la motivation de la Cour de cassation

¹⁸⁷ Feuilles d'imposition, bulletin de salaire, relevés de compte, etc...

¹⁸⁸ Quoique la même remarque peut se tenir à l'égard de certaines formes de crédit. En effet, l'article L. 311-10 du Code de la consommation exige des pièces justificatives, des éléments de la fiche de renseignement remplie par l'emprunteur, que pour les contrats de crédits conclus sur le lieu de vente ou à distance dont le montant est supérieur à 3000 €. Or, ce n'est pas le seul montant du crédit accordé qui traduit le risque de surendettement, mais bien l'appréciation du montant du crédit aux biens et revenus

ne vient pas distinguer, selon, que la déclaration erronée de la caution sur ses biens et revenus soit le fait d'une volonté de tromper la vigilance du créancier ou, selon, qu'elle procède d'une étourderie. Ainsi, combiné avec le fait que la simple signature par la caution d'une fiche de renseignement remplie par un tiers suffise à faire échec à la protection de l'article L. 341-4 du Code de consommation peut s'avérer extrêmement préjudiciable pour les cautions qui devront s'avérer très vigilantes.

73. Adoptant une conception en faveur de l'intérêt des créanciers dans leur obligation de vérification des ressources de la caution au titre de l'obligation de proportionnalité, la Cour de cassation se montre, en revanche, beaucoup plus pointilleuse sur l'obligation d'information annuelle de la caution.

§ 2. L'UTILE INFORMATION EN COURS D'EXÉCUTION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

74. Parmi les informations que le créancier se voit obligé de délivrer à la caution au cours de l'exécution du contrat de cautionnement, on retrouve celle qui est communément appelée obligation d'information annuelle de la caution, mise en œuvre par les dispositions de l'article L. 341-6 du code de la consommation¹⁸⁹ (A). Mais le créancier est également tenu, à l'instar des commissions de surendettement qui déclarent recevable la demande de traitement par le débiteur principal de son surendettement¹⁹⁰, d'informer la

de l'emprunteur. Le crédit d'un même montant peut très bien s'avérer source de surendettement pour certains emprunteurs alors, que pour d'autres, il peut facilement être honoré.

¹⁸⁹ L'obligation d'information annuelle dans le cadre d'un contrat de cautionnement conclu entre un créancier professionnel et une personne physique est en réalité la reprise de l'obligation d'information dont bénéficie la caution d'entreprise (on entend par là, le cautionnement donné par une personne physique ou morale en garantie du concours financier apporté à une entreprise) aux termes de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier. Après avoir été reprise par le législateur consommériste, elle a été étendue à tout contrat de cautionnement indéfini conclu par une personne physique à l'article 2293 du Code civil.

¹⁹⁰ Selon l'article L. 331-3 du Code de la consommation, la commission de surendettement doit informer la caution de l'ouverture de la procédure de surendettement du débiteur principal et doit inviter celle-ci à faire connaître, par écrit, ses observations.

caution, dès le premier incident de remboursement non régularisé, de la défaillance du débiteur principal¹⁹¹ (B). Si les informations que le créancier doit délivrer à la caution revêtent différentes formes, la même sanction est, en revanche, encourue par le créancier qui ne respecterait pas ces obligations. Cette sanction consiste dans la déchéance de son droit d'exiger le paiement par la caution des intérêts ou pénalités de retard¹⁹².

A. LE DISCUTABLE CHAMP D'APPLICATION DE L'OBLIGATION D'INFORMATION ANNUELLE DE LA CAUTION

75. Aux termes de l'article L. 341-6 du Code de la consommation, le créancier professionnel doit informer la caution personne physique, « au plus tard avant le 31 mars de chaque année, du montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, ainsi que le terme de cet engagement ». Cette obligation d'information annuelle est d'importance puisque le risque encouru par un tel engagement réside dans l'ignorance de l'évolution de la dette garantie. En effet, dans le cadre d'un cautionnement défini par un terme et un montant, la caution a connaissance, dès son engagement, de la durée et du montant maximal de celui-ci. En revanche tel n'est pas le cas dans le cadre d'un cautionnement indéfini et indéterminé, la caution n'ayant pas nécessairement connaissance, par le biais du débiteur principal, de l'évolution de la dette garantie. Cela permet de préserver les intérêts de la caution et de prévenir un éventuel surendettement puisque dans le cadre d'un tel cautionnement, la caution a toujours la faculté de révoquer à tout moment son

¹⁹¹ Cette obligation est édictée par l'article L. 313-9 pour le cautionnement venant garantir la dette née d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier et par l'article L. 341-1 pour les cautionnements conclus sous seing privé entre une personne physique et un créancier professionnel.

¹⁹² Dans le cadre de l'obligation d'information annuelle cette déchéance court à compter de la dernière information délivrée jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. Quant à l'information de la défaillance du débiteur principal, le créancier est déchu de son droit au paiement des pénalités et intérêts de retard échus entre la date du premier incident et celle à laquelle elle en a été informée.

engagement¹⁹³. Ainsi, régulièrement informée, la caution peut se rétracter s'il ressort que, dans l'éventualité de son appel en paiement, elle ne pourrait faire face au montant de la dette et risquerait de tomber en surendettement. Néanmoins, il est des situations dans lesquelles les dispositions de l'article L. 341-6 du Code de la consommation sont excessivement protectrices et tendent à récompenser la mauvaise foi de la caution. En effet, les dispositions de ce texte s'appliquent indifféremment que la caution soit le dirigeant ou pas de la société qui s'est vue garantir son emprunt. Autrement dit, la caution dirigeante de l'entreprise est, du fait de son statut, parfaitement informée de l'évolution de la dette garantie mais va néanmoins pouvoir faire échec au paiement des intérêts et pénalités de retard, si le créancier ne l'informe pas annuellement de l'évolution de la dette. De la sorte, le créancier se voit, sous peine de sanction, obligé de délivrer à la caution une information dont elle a pourtant pleinement connaissance du fait de son statut de dirigeant et de représentant du débiteur principal. Tel a été le cas dans l'espèce du 14 décembre 2010 que nous avons précédemment étudié au sujet de l'assiette servant à l'appréciation de la disproportion¹⁹⁴. En effet, ne pouvant pas faire échec à son engagement sur le fondement de l'article L. 341-4 du Code de la consommation en raison des déclarations mensongères qu'elle avait effectuées, la caution a cherché à faire échec à son obligation de paiement des pénalités et intérêts de retard échus. Les juges du fond qui avaient débouté la caution de sa demande au motif qu'elle était parfaitement informée de cette situation en tant que dirigeant de la société cautionnée, notamment par les relevés de comptes de celle-ci, se sont vus censurer leur décision par la Cour de cassation. En effet, la Cour considère que les éléments relevés par les juges du fond pour écarter la déchéance du droit aux intérêts ne permettent pas d'établir que la caution avait été correctement informée conformément « aux exigences légales ». De la sorte, quelle que soit sa position par rapport au débiteur garanti, la caution peut faire échec au paiement

¹⁹³ L'article L. 341-6 du Code de la consommation exige d'ailleurs que le créancier, au surplus des informations relatives à l'évolution de la dette garantie, rappelle cette faculté à la caution et les conditions dans lesquelles elle peut l'exercer.

¹⁹⁴ Cass. com., 14 décembre 2010 : *préc.*

des intérêts et pénalités de retard, quand bien même elle ferait preuve d'une mauvaise foi évidente.

B. L'INDISPENSABLE INFORMATION DE LA CAUTION DE LA DÉFAILLANCE DU DÉBITEUR PRINCIPAL

76. Représentant certainement l'une des mesures les plus protectrices de la caution, l'obligation qui est faite au créancier d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal, dès le premier incident de paiement non régularisé, peut être salutaire pour le garant à double titre. En premier lieu, elle permet à la caution d'anticiper son appel en paiement et ne pas se retrouver en difficulté financière lors de son paiement effectif¹⁹⁵. Par ailleurs, il ne faut pas oublier que la majorité des cautionnements conclus par des personnes physiques le sont dans la perspective de venir en aide à un proche parent, on rencontre ainsi très souvent des cautionnements consentis par les parents en garantie de l'engagement contracté par leur enfant. Or, il nous semble que l'obligation d'information de la caution de la défaillance du débiteur principal par le prêteur peut s'avérer profitable tant pour les cautions que pour le débiteur principal lui-même. En effet, que ce soit par pudeur ou négligence, il peut arriver que le débiteur n'informe pas lui-même la caution de ses difficultés économiques. Une telle information, obligatoirement délivrée par le créancier, vient ainsi alerter tant la caution que le débiteur principal des difficultés à venir. De la sorte, si la caution et le débiteur cautionné sont en bonne entente, un dialogue peut s'instaurer et déboucher, si le débiteur se trouve dans la situation définie à l'article L. 330-1 du Code de la consommation, au dépôt d'un dossier de surendettement auprès d'une commission de surendettement. Cela permettra d'éviter que le débiteur ne vienne aggraver son endettement et corrélativement permettre à ce dernier de redresser sa situation par le biais d'un plan amiable. À terme, dans un tel cas de figure, la caution vient également multiplier ses

¹⁹⁵ Cet apport n'est pas négligeable puisque dans le cas de figure où la caution, qui dispose des fonds nécessaires pour faire face au paiement de la dette garantie, s'apprête à procéder à un achat conséquent, peut renoncer à ce dernier si elle est avertie de la défaillance effective du débiteur principal.

chances de recouvrement de sa propre créance lorsqu'elle se retrouvera subrogée dans les droits du créancier après l'avoir désintéressé¹⁹⁶.

¹⁹⁶ L'article 2306 du Code civil dispose que : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

CHAPITRE II.

LE RECOURS AU FORMALISME, MESURE DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT

77. La démarche du législateur dans la mise en place de régimes formalistes de formation des contrats de crédit et de cautionnement procède de la volonté d'éclairer le consentement de l'emprunteur et de la caution avant son engagement. Autrement dit, considéré comme étant source de surendettement, il semblait insuffisant pour le législateur, d'intervenir après la conclusion d'un contrat tel que c'est le cas dans le droit commun des obligations. En effet, ayant pour objectif la protection du consentement des contractants, les vices du consentement permettent de procéder à la vérification de l'existence d'un consentement libre et éclairé à l'engagement contractuel mais cette analyse se fait nécessairement après la conclusion du contrat. Dans ce cadre, ce n'est que quand le contractant réalise l'erreur à l'origine de son engagement, ou le dol dont il a fait l'objet, qu'un recours en nullité pour vice du consentement va être introduit. Ce recours peut se faire encore plus tardivement dans le cadre du vice de violence puisque le contractant qui en est victime devra être libéré de la pression exercée sur lui. Ce fonctionnement du régime de la protection du consentement en droit commun procède directement des principes fondamentaux du droit commun des contrats. Ainsi, articulés autour du principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, les règles de formation du contrat mettent en place une grande liberté dans la formation des conventions. De la sorte, le contrôle de l'intégrité du consentement ne peut se faire qu'après la formation du contrat. Or, compte tenu de l'objectif recherché par l'encadrement des règles de formation du contrat de crédit et de cautionnement, le régime de formation de droit commun des contrats offre une protection trop tardive à l'emprunteur ou à la caution qui encourt un risque de surendettement.

78. Cette nécessité de la mise en place d'un régime formaliste de formation des contrats (Section 1) emporte également pour conséquence la mise en place des règles dérogatoires afin d'assurer, effectivement, la protection de l'emprunteur et de la caution. Ainsi, dans la perspective de contraindre les créanciers à respecter ces obligations, le législateur est également venu mettre

en place une sanction spécifique en cas de manquement aux règles de formation et un délai spécifique quant à l'action du créancier (Section 2).

SECTION I.

LA NÉCESSITÉ D'UN RÉGIME DÉROGATOIRE DE FORMATION DES CONVENTIONS DANS UNE PERSPECTIVE PRÉVENTIVE

79. Procédant de la même construction législative que les règles encadrant l'information, le formalisme qui encadre la formation du contrat de crédit à la consommation est aujourd'hui principalement celui édicté par le législateur européen. Relativement au contrat de crédit immobilier, le même constat peut également s'opérer puisqu'il relève essentiellement de la législation « Scrivener II »¹⁹⁷.

80. Si les motivations qui sont à l'origine de la mise en place de ce régime formaliste des conventions de crédit et de cautionnement sont louables, il apparaît néanmoins que le résultat est relativement décevant. En effet, si la démarche consistant à informer au mieux le contractant de la teneur de son engagement est louable, il ne faut pas non plus, à moins d'assister au phénomène inverse de celui recherché, multiplier les mentions inutiles ou incompréhensibles. Or, relativement au contrat de crédit il existe aujourd'hui un foisonnement d'exigences légales mettant les professionnels devant l'obligation d'être rigoureux dans la rédaction de tels actes (§1). Si l'efficacité des règles de formation des contrats de crédit peut être discutée, l'efficience du formalisme dans le cadre du contrat du cautionnement soulève encore plus l'interrogation (§2).

¹⁹⁷ Loi dite « Scrivener II » du 13 juillet 1979 : *préc.*

§ 1. LE FOISONNEMENT D'EXIGENCES LÉGALES DE FORMATION DES DIFFÉRENTS CONTRATS DE CRÉDIT

81. La formation du contrat de crédit se fait par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Les exigences légales relatives à l'offre de crédit à la consommation et celles relatives au crédit immobilier, tout en étant différentes dans leur contenu, poursuivent un objectif identique, à savoir, celui de faire prendre conscience à l'emprunteur de l'étendue de son engagement. Préalablement à l'étude de chacun de ces régimes, il convient de relever que la formation du contrat de crédit, qu'il soit mobilier ou immobilier, répond aux mêmes exigences sur certains points. Ainsi, il est fait obligation au prêteur de maintenir son offre pendant un certain délai¹⁹⁸. Il lui est également faite interdiction de procéder, avant l'expiration d'un délai de réflexion laissé à l'emprunteur¹⁹⁹, à aucun paiement²⁰⁰. Par ailleurs, l'emprunteur, qu'il soit tenu au remboursement d'un contrat de crédit à la consommation ou immobilier, a toujours la possibilité, selon certaines modalités, de procéder à un remboursement anticipé de son emprunt²⁰¹.

¹⁹⁸ Selon l'article L. 312-10 du Code de la consommation, le délai selon lequel le prêteur est tenu de maintenir son offre est de 30 jours à compter de sa réception par l'emprunteur dans le cadre du crédit immobilier. En revanche, elle est de 15 jours dans le cadre du contrat de crédit à la consommation, selon l'article L. 311-11 du même code.

¹⁹⁹ Le délai de réflexion laissé à l'emprunteur est de 10 jours dans le cadre du contrat de crédit immobilier (alinéa 2 de l'article L. 312-10 du Code de la consommation) et de 14 jours dans le cadre du contrat de crédit à la consommation (article L. 311-12 du Code de la consommation).

²⁰⁰ Lorsque le prêt est accessoire à une vente, le délai peut être ramené à 3 jours. En effet, l'article L. 311-35 du Code de la consommation dispose que : « tant que le prêteur ne l'a pas avisé de l'octroi du crédit, et tant que l'emprunteur peut exercer sa faculté de rétractation, le vendeur n'est pas tenu d'accomplir son obligation de livraison ou de fourniture. Toutefois, lorsque par une demande expresse rédigée, datée et signée de sa main même, l'acheteur sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services, le délai de rétractation ouvert à l'emprunteur par l'article 311-12 expire à la date de la livraison ou de la fourniture, sans pouvoir ni excéder quatorze jours ni être inférieur à trois jours. Toute livraison ou fourniture anticipée est à la charge du vendeur qui en supporte tous les frais et risques ».

²⁰¹ Dans le cadre du contrat de crédit immobilier, l'article L. 312-21 du Code de la consommation dispose que : « L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, les prêts régis par les sections 1 à 3 du présent chapitre. Le contrat de prêt peut interdire les remboursements égaux ou inférieurs à 10 % du montant initial du prêt, sauf s'il s'agit de son solde. Si le contrat de prêt comporte une clause aux termes de laquelle, en cas de remboursement par anticipation, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle-ci ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du Code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret. Pour les contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne

82. Malgré ces similitudes, le régime du contrat de crédit à la consommation ayant fait l'objet d'une refonte par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010²⁰² (A) vient se distinguer de celui du contrat de crédit immobilier puisque, ce dernier, reste principalement soumis aux règles mises en place par la loi « Scrivener II » du 13 juillet 1979 (B).

A. LES EXIGENCES DE FORMATION DU CONTRAT DE CRÉDIT À LA CONSOMMATION

83. Souhaitant encadrer tout le processus de formation du contrat de crédit, le législateur est venu édicter des règles qui interviennent tant au stade précontractuel, encadrant ainsi l'offre de crédit (1) mais également au stade de formation du contrat, encadrant le contenu du contrat (2).

et à la sécurité financière, aucune indemnité n'est due par l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation lorsque le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier faisant suite à un changement du lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint, par le décès ou par la cessation forcée de l'activité professionnelle de ces derniers ». Relativement au contrat de crédit à la consommation, l'article L. 311-22 du Code de la consommation dispose que : « L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti. Dans ce cas, les intérêts et frais afférents à la durée résiduelle du contrat de crédit ne sont pas dus. Aucune indemnité de remboursement anticipé ne peut être réclamée à l'emprunteur dans les cas suivants : 1° En cas d'autorisation de découvert ; 2° Si le remboursement anticipé a été effectué en exécution d'un contrat d'assurance destiné à garantir le remboursement du crédit ; 3° Si le remboursement anticipé intervient dans une période où le taux débiteur n'est pas fixe ; 4° Si le crédit est un crédit renouvelable au sens de l'article L. 311-16. Dans les autres cas, lorsque le montant du remboursement anticipé est supérieur à un seuil fixé par décret, le prêteur peut exiger une indemnité qui ne peut dépasser 1 % du montant du crédit faisant l'objet du remboursement anticipé si le délai entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit est supérieur à un an. Si le délai ne dépasse pas un an, l'indemnité ne peut pas dépasser 0,5 % du montant du crédit faisant l'objet d'un remboursement anticipé. En aucun cas l'indemnité éventuelle ne peut dépasser le montant des intérêts que l'emprunteur aurait payés durant la période comprise entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit convenue initialement. Aucune indemnité autre que celle mentionnée au présent article ni aucuns frais ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur en cas de remboursement anticipé ».

²⁰² Loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 : *préc.*

1. Quant à l'offre de contrat de crédit à la consommation

84. L'offre de contrat de crédit à la consommation doit être faite par écrit sur tout support durable²⁰³ et toujours sous réserve de l'agrément de l'emprunteur par le prêteur²⁰⁴. Par ailleurs, l'offre de crédit doit être rédigée en autant d'exemplaires que de parties au contrat et, le cas échéant, à chacune des cautions²⁰⁵ lorsqu'il en existe plusieurs. La loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010²⁰⁶, transposant le régime européen du crédit à la consommation²⁰⁷, a supprimé les modèles types qui étaient antérieurement exigés pour chaque type de contrat²⁰⁸. Désormais, à la condition de respecter les formalités ci-dessus, ainsi que les informations requises²⁰⁹, le contenu de l'offre reste libre. Enfin, dans le souci de mener l'emprunteur à la réflexion quant à l'opportunité de son futur engagement, un délai de réflexion est imposé. Autrement dit, le prêteur a l'obligation de maintenir son offre de crédit à la consommation pendant un délai de quinze jours²¹⁰, étant précisé qu'aucune remise de fonds, après l'acceptation de l'emprunteur, ne peut être faite avant un délai de sept jours²¹¹.

²⁰³ Article L. 311-11 du Code de la consommation. Selon l'article L. 311-1, le support durable s'entend « tout instrument permettant à l'emprunteur de conserver les informations qui lui sont adressées personnellement, d'une manière qui permet de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction identique desdites informations ».

²⁰⁴ Article L. 311-13 du Code de la consommation. Cette précision est importante en ce sens que selon le régime antérieur de celui introduit par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, transposant la directive européenne du 23 avril 2008, l'offre de crédit à la consommation pouvait soit être faite sous réserve d'agrément de l'emprunteur, soit elle pouvait consister en offre pure et simple. La distinction ne s'opère plus et la loi « Lagarde » a mis fin aux offres préacceptées.

²⁰⁵ Article L. 311-11 du Code de la consommation.

²⁰⁶ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : *préc.*

²⁰⁷ Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil : *préc.*

²⁰⁸ Il s'agit désormais de la fiche précontractuelle d'information, v. *supra* n° 57 et s.

²⁰⁹ Selon l'article L. 311-12 du Code de la consommation, l'offre de contrat de crédit doit contenir les mêmes informations que celles exigées pour le contrat de crédit à la consommation selon les dispositions de l'article L. 311-18 du même code, qui renvoie lui-même à l'article R. 311-5 du Code de la consommation.

²¹⁰ Alinéa 2 de l'article L. 311-11 du Code de la consommation.

²¹¹ Article L. 311-14 du Code de la consommation.

2. Quant au contenu du contrat de crédit à la consommation

85. Les exigences relatives au contrat de crédit à la consommation sont, peu ou prou, les mêmes que celles relatives à l'offre. En effet, selon l'article L. 311-18 du Code de la consommation, le contrat de crédit doit être établi par écrit ou sur un autre support durable et doit contenir les informations édictées par l'article R. 311-5 du même Code. La seule différence significative entre l'offre de crédit et le contrat de crédit est l'exigence d'un « encadré, inséré en début du contrat, informant l'emprunteur des caractéristiques essentielles du crédit »²¹². Cet encadré, dont la forme est également mise en œuvre par les dispositions de l'article R. 311-5 du Code de la consommation, permettra peut-être à l'emprunteur de mieux comparer les offres qui lui sont faites comme cela était le cas avec l'offre préalable qui a disparue. Enfin, lorsque l'offre de crédit est accompagnée d'une proposition d'assurance, une notice doit être remise à l'emprunteur selon les modalités de l'article L. 311-19 du Code de la consommation. Le même article précise que, si l'assurance est obligatoire, la fiche d'information précontractuelle doit alors préciser que l'emprunteur peut souscrire une assurance équivalente auprès de l'assureur de son choix, ou, si celle-ci est facultative, il doit être précisé dans quelle condition l'emprunteur peut ne pas y souscrire.

86. Par ailleurs, le législateur a mis en place un régime spécial, dérogatoire au droit commun du contrat de crédit à la consommation, pour les contrats de crédit renouvelables car ces derniers sont considérés, à juste titre, dangereux comme enfermant l'emprunteur dans un endettement permanent. La loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 avait entamé la mise en place de ce régime spécial, et la loi « Hamon » du 17 mars 2014 est venu préciser les contours de celui-ci. Ces dispositions particulières qui se trouvent codifiées aux articles L. 311-16 et suivants du Code de la consommation²¹³ ont à la fois pour objet de

²¹² Article L. 311-18 du Code de la consommation.

²¹³ L'emprunteur peut ainsi demander, à tout moment, une réduction du montant maximal du crédit, la suspension ou encore la résiliation de son contrat. Il est également fait obligation au prêteur, avant toute

renforcer la protection de l'emprunteur mais également de favoriser, pour ce dernier, une sortie du crédit. Enfin, dans la perspective de limiter le recours à ce type de crédit, la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010²¹⁴ avait introduit l'obligation, pour le contrat de crédit conclu sur un lieu de vente, de mettre à disposition du consommateur le choix entre le recours à un crédit amortissable ou un crédit renouvelable pour tout achat supérieur à 1 000 €²¹⁵. Cette initiative semble, à première vue, opportune en ce sens qu'il est nettement préférable pour un emprunteur de contracter un crédit amortissable plutôt qu'un crédit renouvelable. En revanche, il aurait été souhaitable qu'elle s'applique dès qu'il s'agit d'un contrat de crédit à la consommation. Autrement dit, la mise en œuvre de cette obligation pour les crédits dont le montant est supérieur à 1 000 € emporte automatiquement un affaiblissement de son efficacité et il aurait été souhaitable qu'elle recouvre le même champ d'application défini à l'article L. 311-3 du Code de la consommation²¹⁶. La loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, a également présenté l'avantage d'obliger les professionnels à dissocier la carte de crédit assortie au crédit renouvelable de la simple carte de fidélité. De surcroît, lors de l'utilisation de sa carte de crédit²¹⁷, le consommateur se voit toujours proposer, par défaut, un paiement au comptant, le paiement à crédit ne pouvant intervenir qu'avec l'accord express du consommateur²¹⁸.

87. Enfin, les offres de crédit à la consommation, quelque soit la nature de celui-ci, doivent nécessairement contenir un formulaire de rétractation,

reconduction de procéder à une nouvelle vérification de la solvabilité de l'emprunteur, le contrat de crédit étant nécessairement d'une durée limitée à un an.

²¹⁴ Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : *préc*

²¹⁵ Cette obligation est codifiée à l'article L. 311-8-1 du Code de la consommation.

²¹⁶ Cette obligation de proposer un crédit amortissable au lieu et place d'un crédit renouvelable recevrait alors le même champ d'application que celui qui est mis en place pour le régime du contrat de crédit à la consommation relevant du Code de la consommation.

²¹⁷ Article L. 311-17 du Code de la consommation.

²¹⁸ Cette disposition est importante car, en pratique, lorsque le consommateur procède au paiement avec la carte de crédit qui est assortie à son contrat de crédit renouvelable, il n'est pas nécessairement très attentif. Or, il avait été remarqué lors des débats législatifs relatifs à l'adoption de la loi « Lagarde » que, dans le but de faire utiliser au consommateur sa réserve d'argent, il était, au mieux proposé, par défaut, de payer à crédit ou, au pire, il était automatiquement procédé à un paiement à crédit.

détachable de l'offre de crédit selon les modalités de l'article R. 311-4 du Code de la consommation²¹⁹. Il est, par ailleurs, fait interdiction au prêteur de procéder à un enregistrement sous forme de fichier, des emprunteurs utilisant leur faculté de rétractation. De la sorte, le contrat de crédit ne devient parfait qu'à l'expiration du délai de rétractation de l'emprunteur qui, depuis la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, est d'une durée de quatorze jours²²⁰. On assiste ici à un régime totalement différent de celui qui existe en droit commun des obligations. En effet, ce n'est plus l'acceptation de l'offre qui fait prendre naissance au contrat, mais l'expiration du délai de rétractation qui commence à courir à partir de l'acceptation.

B. LE DÉVELOPPEMENT À VENIR DES EXIGENCES DE FORMATION DU CONTRAT DE CRÉDIT IMMOBILIER

88. Le régime de formation du contrat de crédit immobilier est encadré par un formalisme, celui-ci s'avérant toutefois plus souple que celui réservé au contrat de crédit à la consommation. Les règles relatives à la formation du contrat de crédit immobilier se trouvent codifiées aux articles L. 312-7 et suivants du Code de la consommation. Si le régime de l'offre du contrat de crédit immobilier²²¹ est semblable à celui mis en place pour l'offre de contrat de crédit à la consommation, les règles de formation du contrat de crédit immobilier n'ont

²¹⁹ Article L. 311-12 du Code de la consommation.

²²⁰ Sous l'ancien régime, le délai de rétractation était de sept jours, conformément au délai de réflexion (article L. 311-15 ancien du Code de la consommation). On peut douter de l'efficacité du rallongement de la durée du délai de rétractation de l'emprunteur puisque, recevant les fonds par le prêteur dans un délai de 7 jours, il sera difficile pour l'emprunteur de renoncer à son engagement une fois qu'il est en possession des fonds.

²²¹ Pour être valable, cette offre doit être écrite (article L. 312-7 du Code de la consommation) et contenir les informations prescrites à l'article L. 312-8 du Code de la consommation. Par ailleurs, lorsque le prêteur exige ou propose la conclusion d'un contrat d'assurance afin de garantir l'exécution du contrat de crédit, il doit répondre des exigences de l'article L. 312-9 du Code de la consommation. La loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 est venue, sur la question de l'assurance, augmenter la protection de l'emprunteur, puisqu'il est désormais interdit, pour tout prêteur de refuser en garantie un autre contrat d'assurance qui prévoit un niveau de protection équivalent à celui de l'assurance de groupe qu'il propose. Toute décision de refus de la part du prêteur doit être motivée (alinéa 2 de l'article L. 312-9 du Code de la consommation).

pas exactement la même finalité et une différenciation se dessine. En effet, l'objectif recherché par le législateur dans le cadre du prêt immobilier est double. On retrouve dans le régime du prêt immobilier le souci de bien informer l'emprunteur afin qu'il puisse réfléchir et comprendre la portée de son engagement, mais on tend également à le protéger en rendant indissociable l'acte de prêt et l'acte d'achat de l'immeuble. En effet, un contrat de crédit immobilier est toujours conclu en vue de financer un contrat principal, que ce dernier soit un contrat d'achat d'un bien immobilier, d'un contrat conclu en vue de la réalisation de travaux de rénovation ou de construction, etc.. De la sorte, le législateur a mis en place un régime rendant interdépendants le contrat de prêt et le contrat principal financé, ce qui permet d'éviter les situations dans lesquelles des emprunteurs se trouveraient engagés dans un contrat de crédit immobilier, sans avoir, par ailleurs, conclu un contrat de vente d'un immeuble. Autrement dit, le danger représenté par les contrats de crédit immobilier, réside dans le fait de pouvoir octroyer un tel crédit à un particulier, dont la durée moyenne est de vingt ans et dont le montant moyen avoisine les 160 000 €²²², alors que ce dernier n'a pas conclu de contrat de vente d'un immeuble. En effet, le risque de surendettement est toujours moindre dans le cadre du crédit immobilier²²³ puisque, en cas de défaillance de l'emprunteur, la vente de l'immeuble permet d'apurer une grande partie du crédit immobilier. De la sorte, « l'offre de contrat de prêt immobilier est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé »²²⁴. Réciproquement, l'acte principal²²⁵ doit indiquer si le prix sera payé, en totalité ou en partie, par

²²² Selon les chiffres publiés par l'Observatoire du crédit logement au deuxième trimestre de l'année 2014.

²²³ Cela est surtout vrai surtout en France où le prix du marché de l'immobilier est régulé. Tel n'est pas le cas dans d'autres pays membres de l'Union Européenne, où la spéculation immobilière bat son plein et que les contrats de crédit immobilier sont majoritairement conclus à taux variables. Tel est, par exemple, le cas de la Grande Bretagne mais également de l'Irlande qui, entrée en récession avec la crise économique de 2008, a vu le prix de son marché immobilier s'effondrer, face à des emprunteurs lourdement endettés pour des immeubles dont le prix de vente ne permettait plus d'honorer le crédit.

²²⁴ Article L. 312-12 du Code de la consommation.

²²⁵ L'acte principal s'entend, selon les dispositions de l'article L. 312-15 du Code de la consommation, de l'acte de vente ou de la promesse unilatérale de vente acceptée mais également du contrat de vente d'un

un ou plusieurs contrat(s) de crédit immobilier²²⁶ et, le cas échéant, toujours sous « la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement »²²⁷. Enfin, cette interdépendance des contrats a pour effet d'obliger à la restitution des sommes déjà perçues par les parties, dans l'éventualité où l'un de ces derniers n'aurait pas été conclu ou obtenu²²⁸.

89. Il convient de remarquer que ce régime de formation du contrat de crédit immobilier, principalement issu de la loi du 13 juillet 1979, ne devrait pas subir de transformation majeure, tout du moins ne devrait-on pas assister à une diminution de la protection offerte à l'emprunteur, par la transposition de la directive européenne du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel²²⁹. En effet, celle-ci s'attache plus à la mise en œuvre de règles protectrices dans la phase précontractuelle du contrat de crédit immobilier, et ne met pas en place un régime de formation du contrat de crédit immobilier.

immeuble à construire (article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation). Néanmoins, selon l'article L. 312-17 du Code de la consommation, lorsqu'un tel acte précise que le prix ne sera pas payé à l'aide d'un ou plusieurs prêts, l'acquéreur doit reconnaître dans celui-ci, d'une mention écrite de sa main, qu'il est informé que s'il recourt néanmoins à un prêt en vue de cette acquisition, il ne pourra pas se prévaloir des dispositions dudit Code. Le même article précise, qu'en cas de défaut d'une telle mention ou que celle-ci n'émane pas de la main de l'acquéreur, le contrat principal est réputé être conclu sous la condition suspensive de l'article L. 312-16 du Code de la consommation.

²²⁶ Article L. 312-15 du Code de la consommation.

²²⁷ Article L. 312-16 du Code de la consommation.

²²⁸ Ainsi, l'article L. 312-14 du Code de la consommation dispose que : « Lorsque le contrat en vue duquel le prêt a été demandé n'est pas conclu dans le délai fixé en application de l'article L. 312-12, l'emprunteur est tenu de rembourser la totalité des sommes que le prêteur lui aurait déjà effectivement versées ou qu'il aurait versées pour son compte ainsi que les intérêts y afférents (...) ». Réciproquement, l'article L. 312-16 du même Code dispose que : « Lorsque la condition suspensive [de l'obtention du ou des prêts] n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. A compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié ».

²²⁹ Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel : *prés.*

§ 2. LA DISCUTABLE EFFICACITÉ DES MENTIONS MANUSCRITES DANS LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

90. Le recours au formalisme dans le cadre du contrat de cautionnement a soulevé quelques interrogations. En effet, suite à la diminution de l'efficacité de cette sûreté par l'application jurisprudentielle de l'article 1326 du Code civil²³⁰, on pouvait légitimement penser que de telles exigences, fragilisant le cautionnement, auraient été définitivement abandonnées²³¹. Procédant en deux étapes, le législateur a néanmoins souhaité un cadre formel pour la formation de ce type de contrat. Ainsi, dans un premier temps, un cadre formaliste a été imposé par le biais de mentions manuscrites pour les contrats de cautionnement venant garantir la dette née d'un crédit à la consommation ou immobilier²³². Puis, dans un deuxième temps, le législateur²³³ a étendu cette exigence à tout contrat de cautionnement conclu sous seing privé entre un professionnel et une personne physique. Si l'extension à toute personne physique se portant caution est discutable, le fait que le législateur n'ait pas, à l'occasion de cette extension, procédé à l'abrogation des articles L. 313-7 et suivants du Code de la consommation est encore plus préjudiciable. En effet, le champ d'application des articles L. 313-7 et suivant du Code la consommation se superpose désormais

²³⁰ L'article 1326 du Code civil dispose que : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

²³¹ En effet, opérant une combinaison des articles 1326 et 2292 du Code civil, la Cour de cassation a considéré que le défaut de la mention en toutes lettres et en chiffres exigée par l'article 1326 du Code civil, affectait la validité de l'acte de cautionnement qui, aux termes de l'article 2292 du même code, ne se présume point et doit être express (Cass. civ. 1^{re}, 22 février 1984). Cette position nouvelle de la Cour de cassation, malgré l'objectif louable de protection de la caution, a entraîné un lourd contentieux et une grande fragilisation du contrat de cautionnement. En effet, de nombreux cautionnements se trouvaient ainsi frappés de nullité et il était régulièrement soulevé que, ladite protection, servait en réalité les intérêts de cautions peu scrupuleuses qui n'hésitaient pas à s'en servir afin d'échapper à leur engagement. Face aux critiques soulevées par cette jurisprudence, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 novembre 1996, a restitué à l'article 1326 sa véritable fonction. Elle considère, en effet, que si la somme est mentionnée en lettres et non pas en chiffres, ce défaut n'a pas pour effet d'affecter la validité de l'acte, mais enlève à ce dernier sa force probante, qui ne peut alors valoir que comme commencement de preuve par écrit.

²³² Loi « Neiertz », n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles : *préc.*

²³³ Loi « Dutreil », n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : *préc.*

avec celui des articles L. 341-2 et suivants du Code de la consommation, obligeant ainsi la caution d'un contrat de crédit à viser tous les textes.

91. Ainsi, le contrat de cautionnement se trouve aujourd'hui soumis à un formalisme, imposant à la personne qui se porte caution, de reproduire à l'identique une mention édictée par la loi, sous peine de voir son engagement frappé de nullité. Ces mentions manuscrites sont au nombre de quatre et ont pour dessein de faire prendre conscience à la caution de la portée de l'engagement qu'elle s'apprête à conclure²³⁴, de mettre en place l'obligation faite au prêteur d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de remboursement non régularisé²³⁵, et enfin, d'interdire les cautionnements disproportionnés au regard des biens et revenus de la caution²³⁶.

92. Au-delà du lourd contentieux²³⁷ soulevé par ces exigences légales, leur portée, quant à la protection de la caution, est minime. En effet, à part l'obligation de proportionnalité qui paraît opportune²³⁸, l'effet dissuasif d'une telle mention est incertain. Cette relativisation de l'effet protecteur des mentions manuscrites exigées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la

²³⁴ L'article L. 341-2 et l'article L. 313-7 du Code de la consommation imposent à la caution, de recopier la mention manuscrite suivante : « En me portant caution de X..., dans la limite de la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X... n'y satisfait pas lui-même ». Les articles L. 341-3 et L. 313-8 du Code de la consommation sont relatifs à la solidarité de l'acte de cautionnement et impose, au surplus de la mention précédente, la mention suivante : « En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X..., je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X... ».

²³⁵ Article L. 341-1 et L. 313-9 du Code de la consommation.

²³⁶ Article L. 341-4 et L. 313-10 du Code de la consommation.

²³⁷ Toutes les chroniques de jurisprudence font état d'un lourd contentieux relatif aux mentions manuscrites qui ne semble pas être sur le point de tarir, même plus de dix ans après leur entrée en vigueur !

²³⁸ V. *supra* n° 70.

consommation²³⁹, peut se constater à deux niveaux. Sensée éclairer la caution sur la portée de son engagement, la formulation retenue reste technique pour le novice et longue à recopier, ce qui peut entraîner des erreurs de retranscription. La conséquence à cela est double. Soit les cautions recopient machinalement lesdites formulations, sans réfléchir à ce qu'elles inscrivent. De la sorte, engagées dans un contrat légalement formé, celles-ci peuvent difficilement avoir recours aux protections offertes par le droit commun²⁴⁰ et le créancier, par le biais de la présence des mentions manuscrites, peut se contenter d'une information minimaliste vis-à-vis de son contractant. Soit, la caution est quelque peu avertie, et dans ce cas, les mentions manuscrites peuvent servir les intérêts de cette dernière qui cherche à se défaire de son engagement. En effet, certaines cautions n'ont pas hésité à solliciter la nullité de leur engagement pour un défaut de ponctuation²⁴¹, ou encore, en raison d'une identification plus précise du débiteur principal que ce qui est requis par les textes²⁴². Afin de ne pas assister à une nouvelle fragilisation du contrat de cautionnement, la Cour de cassation vient largement tempérer les effets négatifs du formalisme introduit par le Code de la consommation²⁴³.

²³⁹ Toutes les remarques relatives aux articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation valent également pour les articles L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation.

²⁴⁰ Nous pensons ici aux vices du consentement qui s'appliquent en matière de contrat de crédit à la consommation. Néanmoins, le dol ou l'erreur est d'autant plus compliqué à démontrer, alors que le contrat répond aux exigences légales.

²⁴¹ Cass. com. 5 avril 2011 : *Bull. civ.* IV, n° 55 ; *BICC* 15 sept. 2011, n° 988 ; *D.* 2011. 1132, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2012. 1578, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 2011, n° 1395, note P. BOUTEILLER ; *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 204, obs. G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2011. 1485, note A. DENIZOT ; *ibid.* 2860, note S. PIEDELIEVRE ; *RD banc. fin.* 2011, n° 89, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et Droit* juill.-août 2011. 34, obs. F. JACOB ; *RLDA* juin 2011. 27, note C. ALBIGES ; *Droit et proc.* sept. 2011, suppl. Droit de la consommation, p. 19, obs. Y. PICOD ; *RDC* 2011. 906, obs. D. HOUTCIEFF.

²⁴² Cass. com., 16 octobre 2012 : *Bull. civ.* IV, n° 184 ; *D.* 2012. 2509, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP G* 2012. 1405, note A. DUMERY ; *JCP E* 2013. 1304, spéc. n° 31, obs. N. MATHEY ; *Contrats, conc., consom.* 2013, n° 16, obs. G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2012. 3311, avis LE MESLE, note S. PIEDELIEVRE ; *Banque et Droit* nov.-déc. 2012. 56, obs. E. NETTER ; *RLDA* nov. 2012. 31, obs. V. MAURIES ; *RDC* 2013. 1002, obs. A.-S. BARTHEZ.

²⁴³ V. *infra* n° 155.

SECTION II.

LE FORMALISME, SOURCE DE RÈGLES DÉROGATOIRES

93. L'efficacité du formalisme dépend directement de la contrainte qui est exercée sur la personne qui doit le mettre en place. En effet, si la sanction qui pèse sur le créancier en cas de manquement aux règles légales de formation du contrat de crédit et de cautionnement est moins contraignante que la mise en application desdites règles dans l'élaboration des contrats qu'il propose alors, ce dernier sera tenté de les ignorer. Or, la motivation à l'origine de la mise en place du formalisme réside justement dans l'idée d'empêcher qu'un emprunteur ou qu'une caution puisse conclure un contrat ne respectant pas lesdites règles. Par ailleurs, le législateur a voulu s'assurer que dans l'éventualité d'une défaillance de l'emprunteur, que ce dernier et son éventuelle caution, aient à pâtir d'une négligence dans le comportement du créancier. Plus exactement, il a été relevé que plus le créancier tardait à agir en recouvrement, plus la dette augmentait en raison de la multiplication des pénalités de retard qui sont pratiquement toujours prévues dans un contrat de crédit et, dans la majorité des cautionnements, le garant s'engage au remboursement de ces pénalités. Par conséquent, l'attente de l'action en recouvrement du créancier porte atteinte aux intérêts de l'emprunteur et de la caution.

94. Dans cette perspective de protection des intérêts de l'emprunteur et de la caution, le législateur est venu mettre en place une sanction spécifique de déchéance du droit du créancier quand ce dernier manquait à ces obligations légales de formation d'un contrat de crédit ou de cautionnement (§1). Par ailleurs, dans l'objectif de forcer le créancier à agir aussi promptement que possible en recouvrement de sa créance, le législateur est venu encadrer ladite action dans un délai très court de forclusion (§2).

§ 1. L'EFFICACITÉ DU RECOURS À LA DÉCHÉANCE DES DROITS DU CRÉANCIER

95. L'arsenal des mesures mis en place, afin de prévenir le surendettement de l'emprunteur, doit nécessairement s'accompagner de sanctions efficaces en cas de violation des obligations à la charge des créanciers. En effet, seule une sanction faisant craindre une perte réelle pour les créanciers contraindra ces derniers à respecter leurs obligations. Or, constituant, pour la plupart des règles de formation du contrat, s'est naturellement posée la question de la nullité du contrat comme sanction à ces manquements²⁴⁴. Néanmoins, il très vite apparu que la nullité, ou plus exactement ses effets, se révélait plus désavantageuse pour l'emprunteur que pour le prêteur, en raison de l'obligation à restitution qu'elle entraîne²⁴⁵. De la sorte, cherchant à favoriser l'emprunteur et la caution, le législateur a mis en place des sanctions spécifiques à chacun des contrats selon les manquements au formalisme dont se rendrait fautif le créancier. Ainsi, dans le cadre du contrat de crédit, le législateur édicte à la fois une sanction civile mais également pénale des manquements du prêteur à ses obligations (A). En revanche, dans le cadre du contrat de cautionnement, deux sanctions civiles sont encourues qui varient en fonction de la nature des manquements commis par le créancier (B).

A. L'EFFICACITÉ DE LA SANCTION CIVILE DE LA DÉCHÉANCE DU DROIT AUX INTÉRÊTS DU PRÊTEUR

96. Face à une telle sanction, on peut comprendre que les prêteurs n'aient pas tardé à se mettre en phase avec les dispositions des articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation. En effet, tirant leurs bénéfices des revenus produits par les intérêts des contrats de prêts qu'ils dispensent, la sanction de la déchéance du droit aux intérêts s'avère particulièrement

²⁴⁴ En effet, en droit des obligations, le manquement aux règles de formation du contrat qui sont relatives à la protection du consentement, est sanctionné par la nullité du contrat : articles 1108 et suivants du Code civil.

²⁴⁵ Tel n'est cependant pas le cas pour le contrat de cautionnement.

dissuasive. Dans pareille situation, l'emprunteur n'est alors plus tenu qu'au seul capital restant dû, diminué du montant des intérêts déjà perçus par le prêteur. Autrement dit, le prêt devient un prêt gratuit depuis sa conclusion, l'emprunteur devant rembourser le seul capital selon l'échéancier initialement convenu. Cette sanction de la déchéance du droit aux intérêts s'articule différemment, selon la nature du contrat de crédit, mais également selon les manquements dont se rend fautif le prêteur.

97. Dans le cadre du contrat de crédit à la consommation, la sanction est automatiquement encourue et entraîne la déchéance de la totalité du droit aux intérêts, pour tout manquement du prêteur à ses obligations précontractuelles d'information mais également en cas de non-conformité du contrat de prêt aux règles de formation édictées par le Code de la consommation²⁴⁶. En revanche, l'alinéa 2 de l'article L. 311-48 permet au juge de moduler la hauteur de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur si ce dernier ne satisfait pas à son devoir d'explication et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur. Enfin, selon l'article L. 311-49 du Code de la consommation, ces sanctions peuvent se combiner avec une sanction pénale se traduisant par une amende de 1 500 €²⁴⁷.

98. Par ailleurs, dans le cadre du contrat de crédit immobilier, la principale sanction des manquements du prêteur à ses obligations édictées par le Code de la consommation dans le cadre de la conclusion d'un contrat de crédit immobilier, est une sanction pénale²⁴⁸. Néanmoins, le Code de la consommation donne la possibilité au juge de combiner celle-ci avec celle de la déchéance du

²⁴⁶ Alinéa 1^{er} de l'article 311-48 du Code de la consommation.

²⁴⁷ Pour une appréciation critique du recours à la sanction pénale dans le cadre du recours au formalisme en droit de la consommation, voir : X. LAGARDE, « Observation critique sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999. I. 170, spéc. n° 41.

²⁴⁸ Selon l'article L. 312-33 le montant de l'amende dont est puni le prêteur s'élève à 3750 € pour tout manquement par ce dernier à ses obligations précontractuelles et contractuelles dans le cadre du contrat de crédit immobilier. Le montant de celle-ci s'élève, en revanche, à 30 000 € lorsque le prêteur ne respecte pas le délai de réflexion de l'emprunteur édicté à l'article L. 312-32 du Code de la consommation.

droit aux intérêts du prêteur, en totalité ou dans la proportion qu'il considère utile²⁴⁹. Tel est, par exemple, le cas, lorsque l'échéancier des amortissements délivré n'est pas conforme²⁵⁰ ou encore lorsque la mention du TEG est erronée²⁵¹. Il convient de remarquer que la nouvelle directive européenne du 4 février 2014 « sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel »²⁵² ne prévoit pas de sanction spécifique à mettre en place pour les manquements des prêteurs aux obligations qu'elle édicte. Néanmoins, elle exige des États membres qu'ils mettent en place des « sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives »²⁵³. Ainsi, la transposition de la directive ne devrait pas apporter de nouveauté quant aux sanctions des manquements du prêteur à ses obligations dans le cadre du crédit immobilier.

B. LA NULLITÉ OU LA DÉCHÉANCE DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT, SANCTION DE LA NON-CONFORMITÉ AUX EXIGENCES LÉGALES

99. S'agissant du contrat de cautionnement, le législateur sanctionne différemment les manquements du créancier à ses obligations dans la conclusion d'un contrat de cautionnement. Ainsi, sont automatiquement frappés de nullité tous les contrats de cautionnement qui ne sont pas conformes aux mentions manuscrites prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation²⁵⁴. Contrairement au contrat de crédit, la nullité du contrat de cautionnement ne vient pas porter préjudice aux intérêts de la caution. De la

²⁴⁹ Dans pareille situation l'emprunteur est néanmoins tenu aux intérêts à taux légal, voir : Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 2003 : *Bull. civ.* I, n° 84 ; *D.* 2003. 1036, obs. C. RONDEY ; *Contrats, conc., consom.* 2003, n° 97, note G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2003. 2574, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RTD com.* 2003. 554, obs. D. LEGEAIS.

²⁵⁰ Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1994 : *Bull. civ.* I, n° 100.

²⁵¹ Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009 : *RJDA* 2009, n° 574.

²⁵² Directive n° 2014/17/UE du Parlement européen et du conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel : *prés.*

²⁵³ Voir l'exposé des motifs (n°76) de l'adoption de la directive n° 2014/17/UE du Parlement européen et du conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel : *prés.*

²⁵⁴ *Préc.*

sorte, et au surplus de la formulation requise, les textes exigent qu'ils soient rédigés de la main de celui qui se porte garant²⁵⁵ mais également que ce dernier fasse suivre cet écrit de sa signature²⁵⁶. Dans le cadre de la nullité du contrat de cautionnement, il convient de souligner que celle-ci peut n'être que partielle. Ainsi, est nulle la stipulation de solidarité dans le cadre d'un cautionnement indéfini²⁵⁷. La même sanction est encourue pour un acte de cautionnement solidaire qui serait en conformité avec les dispositions de l'article L. 341-3 du Code de la consommation. Autrement dit, il est, d'une part, interdit pour le créancier professionnel de se faire consentir un cautionnement indéfini et solidaire par une personne physique. D'autre part, dans le cadre d'un cautionnement solidaire, l'erreur quant à la mention manuscrite de la solidarité n'emporte pas nullité du contrat de cautionnement, mais seulement de la stipulation de solidarité. Dans un tel cas de figure, le cautionnement est requalifié en cautionnement simple²⁵⁸. Par ailleurs, tel que nous l'avons déjà évoqué, le créancier qui ne respecterait pas l'exigence de proportionnalité de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, se trouve déchu de sa garantie²⁵⁹.

²⁵⁵ Cass. com., 13 mars 2012 : *Gaz. Pal.* 2012. 942, obs. C. ALBIGES ; *RJDA* 2012, n° 801 ; *RD banc. fin.* 2012. 85, obs. A. CERLES

²⁵⁶ V. *infra* n° 155.

²⁵⁷ L'article L. 341-5 du Code de la consommation dispose que : « Les stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion figurant dans un contrat de cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel sont réputées non écrites si l'engagement de la caution n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires ».

²⁵⁸ Cass. com., 8 mars 2011 : *Bull. civ.* IV, n° 31 ; *D.* 2011. 1193, note Y. PICOD ; *ibid.* 812, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.* 2011. 375, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2011. 402, obs. D. LEGAIS ; *JCP E* 2011, n° 1270, note D. LEGAIS ; *Gaz. Pal.* 2011. 1015, obs. C. ALBIGES ; *ibid.* 2859, note S. PIEDELIEVRE ; *RJDA* 2011, n° 466 ; *Defrénois* 2011. 1402, obs. H. LECUYER ; *RDC* 2011. 910, obs. D. HOUTCIEFF ; *RD banc. fin.* 2011, n° 95, obs. A. CERLES ; *Bull. Joly* 2011. 470, note D. HOUTCIEFF ; *RJ com.* 2011. 324, obs. F. MACORIG-VENIER ; *RLDA* avr. 2011. 32, obs. N. MAURIES ; *RLDC* mai 2011. 34, obs. J.-J. ANSAULT ; *Droit et proc.* sept. 2011, suppl. Droit de la consommation, p. 19, obs. Y. PICOD.

²⁵⁹ V. *supra* n° 70.

§ 2. L'ENCADREMENT STRICT DE L'ACTION DU PRÊTEUR CONTRE L'EMPRUNTEUR

100. Toujours dans la perspective de protéger la partie la plus faible au contrat, le législateur est venu encadrer l'action du prêteur. De la sorte, voulant éviter, d'une part, que l'action en recouvrement de sa créance soit déterminée par la seule volonté du prêteur et, d'autre part, que son action tardive ne viennent pas aggraver l'endettement du débiteur, le législateur a mis en place un délai biennal de forclusion²⁶⁰. Il reste à préciser que le délai biennal de forclusion s'applique tant pour l'action envers le débiteur que pour l'action dirigée par la caution²⁶¹, mais également, de manière beaucoup plus discutable, pour l'action personnelle de la caution envers le débiteur principal lorsqu'elle a désintéressé le prêteur²⁶². Malgré son apparente simplicité, le délai biennal de forclusion, initialement rédigé à la hâte a soulevé un lourd contentieux (A), avant d'être strictement encadré par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 (B). En ce qui concerne l'action en recouvrement du prêteur pour défaillance de l'emprunteur dans le cadre d'un crédit immobilier, la Cour de cassation a récemment considéré que la prescription biennale de l'article L. 137-2 du Code de la consommation devait s'appliquer à celle-ci²⁶³.

A. DES MALADRESSES RÉDACTIONNELLES À L'ORIGINE DES DIFFICULTÉS DU DÉLAI BIENNAL

101. Ce délai biennal de forclusion a été institué dans un souci de protection de l'emprunteur défaillant. Il avait légitimement été remarqué que,

²⁶⁰ Pour une étude présentant la différence entre la prescription et la forclusion, voir : M. DOUCHY- OUDOT, « Courtes prescriptions et forclusions en droit de la consommation », in *Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, *Dalloz*, 2004, p. 355-371.

²⁶¹ Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1995 : *Contrats, conc., consom.* 1995, n° 209, obs. G. RAYMOND.

²⁶² Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1993 : *Bull. civ. I*, n° 333 et 334.

²⁶³ Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *Bull. civ. I*, n° 247 ; D. 2012. 2885, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2013. 126, obs. D. LEGAIS ; *JCP G* 2013. 73, note N. MONACHON-DUCHENE ; *JCP E* 2013. 1135, note M. DUPRE ; *Contrats, conc., consom.* 2013, n° 45, obs. G. RAYMOND ; *RJDA* 2013, n° 153 ; *RD banc. fin.* 2013, n° 47, obs. M. MATHEY ; *Dr. et proc.* 2013. 8, note E. BAZIN ; *RLDA* janv. 2013. 45, obs. C. MATHONNIERE ;

plus l'action du prêteur contre l'emprunteur défaillant s'éterniserait, plus l'emprunteur aurait à faire face à une accumulation d'intérêts aggravant ainsi son endettement²⁶⁴. Dès l'adoption des lois « Scrivener », les actions engagées devant le tribunal d'instance dans le cadre de l'octroi d'un crédit à la consommation devaient « être formées dans les deux années de l'évènement qui leur [litiges nés de l'application de ladite loi, ndlr] a donné naissance »²⁶⁵. Aussi louable que pouvait être la démarche du législateur à propos de ce délai, la rédaction hâtive du texte a eu pour conséquence de servir les intérêts des prêteurs au détriment de ceux de l'emprunteur²⁶⁶.

1. Un délai de forclusion contraire à l'intérêt de la personne à protéger

102. S'il était établi, dans l'esprit de la loi, que le délai biennal était conçu pour éviter que l'endettement de l'emprunteur ne s'aggrave par la lenteur du prêteur à agir contre un emprunteur défaillant, le texte était imprécis. L'objectif était d'éviter que le sort de l'emprunteur dépende de la volonté du prêteur d'agir rapidement ou non. Dans la mesure où la rédaction issue des lois Scrivener ne précisait pas pour quelles actions le délai biennal devait s'appliquer, les difficultés sont rapidement apparues. Afin d'échapper à leurs obligations, les prêteurs se sont fondés sur la loi consumériste, afin d'invoquer la forclusion de l'action de l'emprunteur pour irrégularité de l'offre de crédit. Or, dans la plupart des espèces, ce n'est que quand l'emprunteur est défaillant que le litige prend naissance et ce n'est, qu'à ce moment précis, que celui-ci prend éventuellement connaissance de l'irrégularité de son contrat. Si on considère que le délai de forclusion commence à courir à partir de l'évènement qui fait naître le litige, le délai ne commence pas à courir en même temps selon que l'on considère

²⁶⁴ Ph. FLORES et G. BIARDEAU, « La protection de l'emprunteur défaillant », *D.* 2000. 191.

²⁶⁵ Article 27 de loi n°78-22 du 10 janvier 1978 : *préc.*

²⁶⁶ Ainsi que le souligne le Professeur Stéphane Piedelièvre, à propos du délai biennal issu des lois « Scrivener », « cette disposition, en apparence simple, a été mal rédigée et elle a suscité de nombreuses difficultés qui ont obligé le législateur à intervenir à plusieurs reprises, ce qui a rendu la matière particulièrement complexe » : S. PIEDELIEVRE, « *Droit de la consommation* », *préc.*

l'emprunteur ou le prêteur. En effet, le litige qui fait naître l'action en paiement est l'impayé de l'emprunteur qui peut se produire plusieurs mois voir, plusieurs années après la conclusion du contrat. Or, l'évènement qui fait naître l'action en conformité de l'acte de crédit par rapport aux dispositions légales est la conclusion du contrat de crédit. Dès lors, « comme par définition, l'incident de paiement qui aura donné naissance à l'action en paiement du prêteur est postérieur à la conclusion du contrat », l'action de l'emprunteur sera nécessairement forclosée²⁶⁷. Malheureusement, puisque la majorité des emprunteurs, et plus généralement de tous les particuliers, hésitent à agir devant le Tribunal d'instance²⁶⁸, ils se retrouvaient confrontés à la forclusion de leurs actions. En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 octobre 1995²⁶⁹ faisant suite à un de ses avis²⁷⁰, a considéré que le délai biennal de forclusion s'appliquait à l'action tendant à contester la régularité de l'offre et que, ce dernier, commençait à courir à la date à laquelle le contrat de crédit est définitivement formé. Ainsi, se retrouvant soumis au délai biennal de forclusion pour son action tendant à la contestation de la régularité de l'offre, l'emprunteur se retrouvait victime d'une disposition légale édictée en vue de sa protection. Restait à déterminer si le délai biennal de forclusion s'appliquait aux seules dispositions de droit de la consommation ou si la forclusion pouvait être opposée à l'emprunteur ou à la caution, qui agissait sur des voies de droit commun. Si certaines juridictions du fond ont considéré que la forclusion ne pouvait être opposée à l'emprunteur ou à la caution que sur les moyens fondés sur les dispositions du Code de la consommation, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 15 décembre 1998, a refusé de suivre cette voie. La question qui était posée dans ce cas d'espèce était de savoir si la caution

²⁶⁷ L'affirmation vaut d'autant plus pour la caution qui ne s'intéressera à l'irrégularité de son contrat qu'au moment où elle est appelée en paiement. Or, puisque le délai de forclusion, pour cette action, court à compter de la conclusion du contrat de cautionnement, la caution se retrouve nécessairement forclosée.

²⁶⁸ Si toutefois on considère qu'ils s'étaient aperçus de l'irrégularité de l'offre dans un délai de deux ans après la conclusion du contrat.

²⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1995 : Contrats, conc., consom. 1995, n° 209, obs. G. RAYMOND.

²⁷⁰ Cass. avis, 9 octobre 1992 : *Bull. avis*, n° 4 ; *JCP G* 1993. II. 22024, note A.-M. MORGAN de RIVERY-GUILLAUD ; *D.* 1993. somm. 1888, obs. P. JULIEN.

pouvait, dans le but d'échapper à son appel en paiement, soulever l'exception de nullité du contrat de cautionnement pour dol²⁷¹. La Cour de cassation y apporta une réponse négative en considérant que l'écoulement d'un délai de plus de deux ans entre la souscription du contrat de cautionnement et la date de la contestation emportait pour conséquence que : « la caution était forclosée, tant en sa contestation relative aux modalités de remise de l'offre préalable qu'en son exception de nullité pour dol ».

103. Outre le constat selon lequel il résulte de ces solutions qu'un emprunteur ou une caution personne morale, sont mieux protégés que les consommateurs, cette position jurisprudentielle est également critiquable en ce qu'elle permet au prêteur d'échapper à ses obligations. Si la jurisprudence de la Cour de cassation emporte la critique, elle n'est que le reflet des lacunes législatives. En effet, en l'absence de précisions apportées par la loi « Scrivener » quant aux actions soumises au délai biennal de forclusion, il est normal que la Cour de cassation vienne soumettre, à ce dernier, toutes les actions relatives à un crédit à la consommation et à leur cautionnement.

2. L'instrumentalisation du délai biennal de forclusion

104. La jurisprudence dont nous avons fait état permettait effectivement aux prêteurs de se décharger de leurs obligations légales. En effet, puisqu'un impayé est nécessairement postérieur à la conclusion du contrat de crédit, il suffisait pour ces derniers d'attendre que le délai de forclusion de l'action en contestation de la régularité de l'offre par l'emprunteur soit écoulé. Ainsi, ne pouvant plus être déchu pour forclusion de l'action de l'emprunteur, les prêteurs avaient toute latitude pour agir en paiement. Forte des conséquences de sa jurisprudence sur l'application du délai biennal à l'action de l'emprunteur contre

²⁷¹ En effet, l'action en nullité relative, se prescrit par cinq ans selon les dispositions de l'article 1304 du Code civil. En revanche, selon une jurisprudence constante, l'exception de nullité est perpétuelle : Cass. civ. 3^e, 10 mai 2001 : *Bull. civ.* III, n° 61 ; *JCP G* 2001. IV. 2195 ; *D.* 2001. 3156, note P. LIPINSKY.

le prêteur, la Cour de cassation est venue limiter la possibilité pour un prêteur de se protéger de l'irrégularité de son offre de crédit. Ainsi, dans un arrêt du 10 avril 1996, la première chambre civile de la Cour de cassation, en se fondant sur l'article 1315 du Code civil, et tout en confirmant sa jurisprudence sur l'application du délai de forclusion, mettait, en revanche, à la charge du prêteur la preuve de la régularité de l'acte. Dès lors, tout en confirmant la forclusion de l'action de l'emprunteur, la Cour de cassation vient néanmoins protéger ce dernier en imposant au prêteur de rapporter la preuve de la régularité de l'acte. Si cette jurisprudence de 1996 vient sensiblement redonner son sens à la forclusion, il n'en reste pas moins qu'elle offre une sécurité limitée aux emprunteurs. En effet, si, au départ, les prêteurs avaient des difficultés, compte tenu du foisonnement des dispositions législatives, d'émettre des offres de crédit conformes aux exigences, ils ont rapidement opté pour des modèles types qui y étaient conformes. Par ailleurs, les règles procédurales deviennent quelque peu illisibles pour les novices qu'elles tentent de protéger et, là encore, l'emprunteur est invité à adopter un rôle passif plutôt que d'être actif par rapport à sa situation patrimoniale, ce qui se révèle paradoxal dans une législation ayant pour but de responsabiliser les emprunteurs face à la conclusion de contrats de crédit. Compte tenu de ces difficultés, le législateur est plusieurs fois intervenu afin de redonner à la forclusion son esprit d'origine, à savoir la protection de l'emprunteur.

B. UNE RÉDACTION NOUVELLE ORIENTÉE VERS LA RIGIDITÉ

105. Le régime jurisprudentiel du délai biennal de forclusion est resté en l'état jusqu'à l'adoption de la loi du 11 décembre 2001, dite « Murcef », portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier²⁷². Le législateur a, en effet, saisi cette occasion pour reformuler l'article L. 311-37 du Code de la consommation qui disposait que les actions « en paiement » engagées

²⁷² Loi « Murcef », n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : *JO* n°288 du 12 décembre 2001, p. 19703.

devant le Tribunal d'instance « à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'évènement qui leur a donné naissance à peine de forclusion ». Ainsi, concernant la seule action du prêteur, le délai biennal de forclusion pouvait remplir sa mission de protection de l'emprunteur. Si les précisions introduites par la loi « Murcef » pouvaient suffire à assurer la défense des intérêts de l'emprunteur, le législateur a toutefois souhaité modifier une nouvelle fois le régime du délai biennal de forclusion lors de l'adoption de la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010. En effet, l'intervention de la loi « Murcef » n'a pas suffi à tarir le contentieux relatif à la forclusion, puisque se sont rapidement posées des questions relatives à son point de départ. Si le point de départ du délai de forclusion est facile à établir pour un crédit amortissable, tel n'est pas le cas dans le cadre d'un crédit renouvelable ou encore dans le cadre d'un crédit consenti sous la forme d'un découvert en compte. Face au silence des textes, la jurisprudence est venue édicter des règles variant selon les situations²⁷³ car le but recherché est, là encore, que le point de départ du délai de forclusion ne soit pas laissé à l'initiative du créancier.

106. Ainsi, procédant également à une recodification du délai biennal de forclusion qui se trouve désormais édicté à l'article L. 311-52 du Code de la consommation, le législateur de 2010²⁷⁴ a choisi de préciser le point de départ du délai biennal de forclusion selon les contrats de crédit litigieux. Reprenant, pour le reste, les solutions dégagées par la jurisprudence, le législateur n'a pas réformé, à proprement parler, le régime du délai biennal de forclusion. Néanmoins, si cette intervention législative n'est pas source de nouveauté elle peut, en revanche, s'avérer plus négative que positive. En effet, comme le relève Monsieur Éric Bazin²⁷⁵, si la détermination du régime applicable au délai biennal de forclusion par la jurisprudence emporte une certaine incertitude

²⁷³ Pour une étude exhaustive, voir : P. FLORES et G. BIARDEAU, « Réforme du délai de forclusion : vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur », *D.* 2002. 876.

²⁷⁴ Loi « Lagarde », du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : *préc.*

²⁷⁵ E. BAZIN, « Retour sur le délai de forclusion en matière de crédit à la consommation », *Dr. et proc.* 2012, p. 197.

quant à celui-ci, la méthode jurisprudentielle offre l'avantage de la souplesse et la possibilité de s'adapter à toutes les formes de contrat de crédit. Or, désormais encadrée par un texte législatif, les solutions perdent de leur souplesse et il est à craindre que certaines hypothèses n'aient pas été envisagées par le législateur, créant ainsi un nouveau contentieux. Par ailleurs, l'imagination des professionnels quant au développement de nouvelles formes de prêts est foisonnante et les dispositions de l'article L. 311-52 du Code de la consommation pourraient rapidement s'avérer inadaptées.

TITRE II.

LE DROIT COMMUN, PALLIATIF INSATISFAISANT DES LACUNES DU DROIT DE LA CONSOMMATION

107. Face à l'échec du droit de la consommation à prévenir toutes les situations de surendettement, le droit commun des contrats est venu mettre en œuvre des mesures de prévention du surendettement des particuliers. De création prétorienne, les mesures ainsi mises en place, témoignent d'un assouplissement des principes directeurs du droit des contrats, tel que le principe de la liberté contractuelle, de l'autonomie de la volonté ou encore de la force obligatoire du contrat. Il est, en effet, de plus en plus fréquent que les juridictions, sur le fondement du droit commun des contrats, rendent des décisions révélatrices de l'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats.

108. Il est indéniable que le droit commun des contrats offre des solutions intéressantes en termes de prévention du surendettement des particuliers. En effet, adaptables à une grande majorité de situations, les solutions prétoriennes s'avèrent beaucoup plus souples que le formalisme introduit par le droit de la consommation. Par ailleurs, ces mesures bénéficient, contrairement aux règles du droit de la consommation, du temps et de la réflexion. Autrement dit, se forgeant au fil des décisions rendues, les solutions prétoriennes s'affinent et se précisent. De la sorte, elles offrent des mesures de prévention efficaces du surendettement des particuliers (Chapitre 1). Néanmoins, alors que ces solutions offrent des remèdes efficaces aux lacunes du droit de la consommation, c'est dans la confrontation des mesures d'origine prétorienne avec celles issues du droit de la consommation, qu'elles vont perdre de leur efficience (Chapitre 2).

CHAPITRE I.

L'UTILISATION PRÉTORIENNE DU DROIT COMMUN AU SERVICE DE LA PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT

109. Dans la perspective de venir pallier les insuffisances du droit de la consommation, les juridictions vont mettre en place des mesures de prévention du surendettement des particuliers qui vont trouver leur fondement dans des notions classiques du droit commun des obligations. Ces mesures de prévention, qui s'articulent selon la vulnérabilité de la personne qui va en bénéficier, s'appliquent aux mêmes actes que celles qui sont issues du droit de la consommation. Néanmoins, puisqu'elles s'articulent autour de cette notion de vulnérabilité et non pas selon la nature et le montant des dettes, elles ne vont pas nécessairement venir bénéficier aux mêmes personnes.

110. De surcroît, élaborées dans un état d'esprit civiliste, les mesures prétorienne de prévention du surendettement des particuliers mettent en place des solutions dont le régime d'application est souple et leur permettent de venir s'adapter à de nombreuses situations. En effet, bénéficiant d'une rédaction abstraite correspondant à l'image des notions qui irriguent le droit commun des contrats, les notions classiques du droit commun des obligations offrent des solutions efficaces (Section 1). Au-delà de la mise en place de mesures prétorienne de prévention, les juridictions vont s'efforcer d'amoindrir, au fil des arrêts rendus, les conséquences néfastes du formalisme issu du droit de la consommation. Ainsi, l'œuvre prétorienne se présente également comme un facteur de rééquilibrage des règles énoncées par le Code de la consommation (Section 2).

SECTION I.

LE RECOURS AUX NOTIONS CLASSIQUES DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

111. Dans l'élaboration des mesures prétorienes de prévention du surendettement des particuliers, les juridictions vont se fonder sur des notions classiques du droit commun des obligations. Si le droit des obligations, tel qu'il est édicté par le Code de 1804, prône la liberté contractuelle et, ce faisant, le principe de l'autonomie de la volonté, il n'est pas pour autant étranger à des mesures venant, *a minima*, encadrer la formation des contrats. Ces exigences, codifiées aux articles 1108 et suivants du Code civil encadrent tant « le consentement de la partie qui s'oblige », « la capacité de contracter », que l'objet et la cause des conventions. S'agissant de l'élaboration des mesures prétorienes de prévention du surendettement les juridictions vont tant s'attacher à la notion de cause (§2) qu'au consentement des parties au contrat (§3). Parallèlement, la jurisprudence ayant redécouvert la notion de bonne foi, elle va également servir à la création de la mesure de prévention la plus efficace issue du droit commun des obligations. Cette notion, codifiée à l'article 1134 du Code civil, selon lequel les « conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi », a longtemps été ignorée par les juridictions²⁷⁶. Elle retrouve, notamment par le développement des mesures préventives du surendettement, une certaine vigueur (§1).

²⁷⁶ Il est important de souligner que la notion ne recouvre pas le même sens aujourd'hui que celui qui lui était attribué au moment de la rédaction du Code civil. En 1804, la notion signifiait que les contractants devaient exécuter leur convention selon les termes contractuellement prévus. Elle recouvre aujourd'hui une dimension beaucoup plus large obligeant les contractants à contracter de bonne foi, les soumettant ainsi à un devoir de loyauté et de coopération. Pour une étude plus approfondie, v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations, préc.*, spec. n° 42 et s ; H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} volume, Obligations, théorie générale, préc.*, spec. n° 59 et s

§ 1. LA REDÉCOUVERTE DE LA NOTION DE BONNE FOI À L'ORIGINE DE L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE

112. Désignée comme « l'une des belles créations prétorienne contemporaines qui font honneur à la Cour de cassation »²⁷⁷, l'obligation de mise en garde a pris naissance dans trois arrêts rendus par la première chambre civile le 12 juillet 2005²⁷⁸. Se montrant plus prompt à engager la responsabilité des prêteurs en cas d'octroi irresponsable de crédit, la première chambre civile vient, par là même, mettre fin à une discordance jurisprudentielle. En effet, si cette dernière n'hésitait pas à mettre à la charge du prêteur de deniers une obligation de conseil envers l'emprunteur²⁷⁹, la chambre commerciale s'y refusait au nom de l'obligation de non-immixtion du banquier dans les affaires de son client²⁸⁰. Ainsi, le prêteur voyait sa responsabilité engagée sur le fondement de l'obligation de conseil en cas d'octroi abusif de crédit par la première chambre civile, tandis que la chambre commerciale ne retenait à son égard qu'une obligation générale d'information, les dispensant ainsi de l'obligation de délivrer une information personnalisée à l'emprunteur. Se situant entre l'obligation générale d'information et l'obligation de conseil, l'obligation de mise en garde impose au prêteur à donner une information personnalisée à l'emprunteur, lui permettant ainsi de prendre son engagement en toute connaissance de cause, tout en permettant au prêteur de ne pas prendre de

²⁷⁷ D. LEGEAIS, « Cinquante arrêts pour rien ? », *RD banc. fin.* 2010. n° 2, p.1.

²⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n°s 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *D.* 2005, AJ. 2276, obs. X. DELPECH ; *ibid.* Jur. 3094, note B. PARANCE ; *ibid.* 2006. Pan. 167, obs. D.-R. MARTIN et H. SYNVET ; *Rev. Banque* oct. 2005, p. 94, note J.-L. GUILLOT et M. BOCCARA SEGAL ; *JCP G* 2005. II. 10140, note A. GOURIO ; *JCP E* 2005. 1359, note D. LEGEAIS ; *Banque et droit* 2005, n° 104, p. 80, obs. T. BONNEAU ; *RLDC* 2005, n° 21, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; *RD banc. fin.* sept.-oct. 2005, p. 20, obs. D. LEGEAIS ; *ibid.* nov.-déc., p. 14, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *Dr. et patr.* 2005, n° 143, p. 98, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRUM ; *ibid.* 2006, n° 145, p. 123, obs. L. AYNES et P. DUPICHOT ; *RTD com.* 2005. 829, obs. D. LEGEAIS.

²⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : *Bull. civ.* I, n° 288 ; *Deffrénois* 1995. art. 36210, n° 149, note D. MAZEAUD ; *D.* 1995. 621, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et bourse* 1995. 185, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *RTD com.* 1995. 170, obs. R. CABRILLAC ; *JCP E* 1996. II. 772, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 1996. 384, obs. J. MESTRE. Cet arrêt est intéressant à double titre puisque, tout en retenant une obligation de conseil de l'établissement de crédit envers son emprunteur, il vient annoncer la jurisprudence du 12 juillet 2005, car la Cour vient déduire du non-respect de l'obligation de conseil que « les prêteurs qui ne justifiaient pas, ni n'alléguaient avoir mis en garde les emprunteurs sur l'importance de l'endettement qui résulterait [des] prêts ».

²⁸⁰ Cass. com., 24 sept. 2003 : *Bull. civ.* IV, n° 137 ; *RTD com.* 2004. 142, obs. D. LEGEAIS.

décision à la place de l'emprunteur et ainsi, respecter son obligation de non immixtion. S'alignant sur la jurisprudence de la première chambre civile, en retenant une obligation de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur, la chambre commerciale de la Cour de cassation dans ses arrêts du 3 mai 2006²⁸¹, vient également l'étendre au créancier qui se fait garantir sa créance par un cautionnement²⁸². Dans le but d'unifier et de définitivement consacrer cette jurisprudence, la chambre mixte de la Cour de cassation a, par deux arrêts du 29 juin 2007²⁸³, repris la jurisprudence des deux chambres pour en dégager un principe général. Ainsi, l'obligation de mise en garde impose au prêteur, avant d'apporter son concours, de vérifier les capacités financières des emprunteurs non avertis et de les alerter sur les risques de l'endettement né de l'octroi des prêts. De même, le créancier est débiteur d'une obligation de mise en garde envers la caution non avertie quant au poids de la dette garantie et ses facultés contributives.

113. Que ce soit, tant au niveau de ses conditions d'existence (A), qu'au regard de son contenu (B), l'obligation de mise en garde s'avère être un outil incontournable dans la prévention du surendettement des particuliers.

²⁸¹ Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211: *Bull. civ.* IV, n° 102 ; *D.* 2006. Jur. 1618, note J. FRANCOIS ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2005, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; *RD banc. fin.* 2006, n° 4, p. 12, note F.-J. CREDOT et T. SAMIN – Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517, *Bull. civ.* IV, n° 101 ; *D.* 2006. AJ 1445, obs. X. DELPECH ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP E* 2006, p. 996, note D. LEGEAIS ; *D.* 2006. Jur. 1618, note J. FRANCOIS.

²⁸² Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315: *Bull. civ.* IV, n° 103 ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; *RLDC* juill.-août 2006, p. 36, note G. MARRAUD des GROTTES ; *RD banc. fin.* 2006, n° 3, p. 99, comm. D. LEGEAIS.

²⁸³ Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n°s 05-21.104 et 06-11.673) : *Bull. mixte* n° 7 et 8 ; *BICC* 15 oct. 2007, rapp. Mme BETCH, avis M. MAYNIAL ; *D.* 2007. 2081, note S. PIEDELIEVRE ; *ibid.* AJ. 1950, obs. v ; AVENA-ROBARDET ; *ibid.* 2008. Pan. 878, obs. D.-R. MARTIN ; *JCP G* 2007. II. 10146, note A. GOURIO ; *JCP E* 2007. 2105, note D. LEGEAIS ; *LPA* 30 nov. 2007, note R. CHENDEB ; *RLDC* 2007/43, n° 2726, note B. PARANCE ; *RCA* 2007. Etude 15, par S. HOCQUET-BERG ; *Contrats, conc., consom.* 2007, n° 268, note G. RAYMOND ; *RLDC* 2007/44, n° 2778, note Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2007.779. obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2007. 579, obs. D. LEGEAIS.

A. LES CONDITIONS PERTINENTES DE L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE

114. Afin que le créancier professionnel ne soit pas systématiquement débiteur de l'obligation de mise en garde, la jurisprudence a mis en place deux conditions cumulatives à l'existence de celle-ci. Effectivement, la Cour de cassation affirme que l'obligation de mise en garde du prêteur est subordonnée à l'existence d'un risque d'endettement excessif né de l'octroi du prêt (1), accordé à un emprunteur ou une caution non averti(e) (2). La réunion de ces deux critères fait ainsi prendre naissance à l'obligation de mise en garde, qui impose au prêteur de se renseigner sur les capacités financières du contractant afin de mettre en garde ce dernier sur l'endettement né de l'octroi du prêt (3).

1. Le risque d'endettement excessif né de l'opération

115. L'obligation faite au créancier de mesurer le risque d'endettement né de l'opération doit tant s'envisager dans le cadre de la formation du contrat de prêt (a) que dans celui du contrat de cautionnement (b).

a. L'appréciation de l'existence d'un risque d'endettement excessif dans le cadre du contrat de prêt

116. En mettant en place cette condition, la Cour de cassation prend en compte l'idée selon laquelle tout prêt fait naître un risque de non-remboursement. Relativement à cette condition d'existence, la jurisprudence vient ainsi distinguer l'endettement dit normal ou encore supportable par rapport à la situation financière de l'emprunteur, de l'endettement qualifié « d'excessif »²⁸⁴ ou encore « d'insupportable »²⁸⁵ qui fera naître l'obligation de mise en garde. Autrement dit, tout en préservant l'essence même du crédit, à

²⁸⁴ Terminologie utilisée par la jurisprudence.

²⁸⁵ E. BAZIN : « Retour sur le devoir de mise en garde du prêteur », Banque et droit 2010, n° 130, p. 23, spéc. p. 24.

savoir que toute opération d'endettement comporte un risque, la Cour de cassation vient censurer les opérations pour lesquelles ce risque n'est plus aléatoire. Cette notion d'aléa est importante dans une telle opération puisque personne, que ce soit le prêteur ou l'emprunteur, ne voudrait s'engager dans une opération vouée à l'échec. Dans cette perspective, la Cour de cassation met à la charge des juges du fond, l'obligation de vérifier si l'endettement créé par l'opération de crédit est supportable au regard des capacités financières de l'emprunteur. Si tel n'est pas le cas et que l'emprunteur est qualifié de non averti²⁸⁶, le prêteur aura l'obligation de mettre en garde l'emprunteur sur l'inopportunité de l'opération envisagée. On peut, à cet effet, relever les termes employés par la première chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 26 septembre 2006²⁸⁷, qui sont dénués de toute ambiguïté. Censurant, au visa de l'article 1147 du Code civil, la décision des juges du fond qui ne retenait pas la responsabilité du prêteur, la Cour de cassation considère : « Qu'en se déterminant ainsi sans rechercher si, comme l'avait retenu le premier juge et le soutenait M. X..., la société Cetelem avait accordé à celui-ci, successivement, du 2 février 1998 au 18 juin 1998, quatre crédits dont le dernier, constituant le prêt litigieux, était destiné à apurer l'endettement né de l'octroi des trois crédits précédents, de sorte que l'intéressé se trouvait en situation d'endettement excessif lorsque ce prêt lui a été consenti, et, dans l'affirmative, si M. X... pouvait, ou non, être regardé comme un emprunteur profane à l'égard duquel la société Cetelem eût alors été tenue d'un devoir de mise en garde, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »²⁸⁸. La motivation de la Cour de cassation fait clairement ressortir que, subordonnée à la qualité de non avertie de l'emprunteur, c'est la situation « d'endettement excessif » de ce dernier qui fait naître l'obligation de mise en garde du prêteur à son égard.

²⁸⁶ V. *infra* n° 122.

²⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2006 (inédit) : *Contrats, conc., consom.* 2006, n° 253, comm. G. RAYMOND.

²⁸⁸ *Op. cit.*

117. Cette jurisprudence apparaît opportune à un double titre. D'une part, elle permet d'éviter qu'un prêteur, peu scrupuleux de la situation financière dans laquelle se trouve l'un de ses débiteurs, ne vienne en tirer profit et aggraver la précarité financière de l'emprunteur. En effet, dans un tel cas, les taux pratiqués frôlent l'usure puisque, plus le risque de non remboursement est important, plus le taux des intérêts dus au prêteur sera élevé. D'autre part, elle permet d'attirer l'attention de l'emprunteur sur la fragilité de sa situation financière. Cette deuxième conséquence s'inscrit ainsi parfaitement dans la prévention du surendettement des particuliers, puisque l'obligation mise à la charge des prêteurs est déterminée par la vulnérabilité économique dans laquelle se trouve le candidat à l'emprunt.

118. La chambre commerciale de la Cour de cassation est ensuite venue confirmer cette jurisprudence dans un arrêt du 11 décembre 2007²⁸⁹, en considérant que : « si la banque avait procédé à une étude, même sommaire, de l'opération financière, elle aurait constaté que la charge d'endettement du prêt, qui représentait 130 % de la valeur du fonds, conduisait à des remboursements annuels de 124 829 francs, ce qui laissait un résiduel à vivre calculé sur la moyenne des résultats des trois dernières années s'élevant à la somme annuelle de 21 904 francs pour les deux époux et que ceci était, à l'évidence, insuffisant pour survivre et allait nécessiter de la part de M. et Mme Z..., des prélèvements plus importants, et par là même des difficultés pour amortir le prêt ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que la banque, tenue, lors de la conclusion du prêt, à l'égard de son client non averti d'un devoir de mise en garde, au regard de ses capacités financières et du risque d'endettement né de l'octroi du prêt, n'établissait pas avoir satisfait à cette obligation, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ». On peut constater à la lecture de cet arrêt que, lorsque l'on parle d'endettement excessif, on vise en réalité le surendettement. Autrement dit, le prêteur a le droit d'octroyer un prêt

²⁸⁹ Cass. com. 11 décembre 2007 : *JCP E* 2008. 1192, note D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2008. 163, D. LEGEAIS ; *RD banc. et fin.* 2008, n° 7, note D. LEGEAIS.

« risqué » compte tenu de la situation financière de l'emprunteur, mais il n'a pas le droit d'engager un emprunteur non-averti dans une opération financière vouée à l'échec. Cela tient, entre autre, au fait que lorsqu'il n'existe pas de risque d'endettement, la banque n'est pas tenue d'une obligation de mise en garde, que l'emprunteur soit averti ou non. On assiste alors à l'introduction du principe de proportionnalité entre l'endettement créé par l'opération de crédit et les capacités financières de l'emprunteur. Il semble d'ailleurs qu'aujourd'hui, la recherche du risque d'endettement excessif prime sur celui de la détermination de la qualité de l'emprunteur. En effet, dans un premier temps, la Cour de cassation, et plus particulièrement la première chambre civile²⁹⁰, imposait aux juges du fond de préalablement déterminer si l'emprunteur devait être regardé comme un emprunteur averti ou non et, dans l'affirmative, si la banque justifiait avoir satisfait à son obligation de mise en garde à raison des capacités de financières de l'emprunteur et des risques d'endettement né de l'octroi du prêt. Désormais, il semblerait que la recherche de la qualité d'avertie ou non de l'emprunteur vienne dépendre de la prédétermination de l'existence d'un risque d'endettement excessif²⁹¹. Cela semble aller dans le sens de la logique puisque, même face à un emprunteur averti, le dispensateur de crédit serait bien en peine de le mettre en garde contre un risque qui n'existe pas.

b. L'appréciation de l'existence d'un risque d'endettement excessif dans le cadre d'un contrat de cautionnement

119. En ce qui concerne la caution non avertie²⁹², le créancier doit la mettre en garde, non seulement « des dangers qu'elle encourt en raison de ses facultés contributives au regard de la dette garantie »²⁹³, mais également « du

²⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005 : *prés.* ; Cass. com. 3 mai 2006 : *prés.* ; Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 : *prés.*

²⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 26 septembre 2006, *prés.* Confirmé par : Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2009 : *JCP E* 2010. 10068, note D. LEGEAIS ; *RLDC* 2010. 72, note F. GUERCHOUN ; *RLDA* 2010. Act. 47 ; *Gaz. Pal.* 5 et 6 mars 2010, p. 29, note B. BURY.

²⁹² Voir *infra* n° 123.

²⁹³ Cass. com., 12 janvier 2010 (inédit) : *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 54, obs. D. LEGEAIS ; *Dr. et patrimoine* 2010, n° 195, p. 88, note Ph. DUPICHOT ; *JCP E* 2010. 1341, note V. LEGRAND.

risque de non-remboursement [du prêt] par l'emprunteur »²⁹⁴. Autrement dit, la mise en garde de la caution s'effectue à un double titre. D'une part, elle doit être mise en garde relativement à son propre engagement, c'est-à-dire au risque d'endettement né de l'exécution du contrat de cautionnement. On vise ici les conséquences de son appel à exécuter son engagement de caution et, *de facto*, la proportionnalité entre le montant de la dette cautionnée et ses capacités financières. D'autre part, elle doit être mise en garde, par le créancier professionnel, du risque d'endettement né de l'octroi du prêt pour l'emprunteur, en ce sens que, plus le prêt accordé à ce dernier est risqué, plus la caution encourt le risque de se voir actionnée en paiement. On prend ici en compte la probabilité de l'appel de la caution à pallier la défaillance du débiteur principal. Ce dernier point est important dans la mesure où il permet de préserver le caractère accessoire²⁹⁵ du contrat de cautionnement, en ce sens qu'il ne faut pas, par le biais d'un cautionnement, que le créancier cherche, en la personne de la caution, un débiteur solvable. Le cautionnement a certes pour objectif de garantir la défaillance d'un débiteur, mais cette défaillance, qui est à l'origine de l'appel de la caution au paiement de la dette, doit rester incertaine. Il est donc tout à fait raisonnable que la mise en garde de la caution porte également sur le caractère risqué de l'opération à l'égard du débiteur.

120. Toujours est-il que, si l'existence de l'obligation de mise en garde est déterminée par l'existence d'un endettement excessif, que ce dernier résulte directement du prêt octroyé ou qu'il soit la conséquence d'un engagement personnel à garantir la dette d'autrui, c'est à la double condition que le prêteur se retrouve face à un emprunteur ou à une caution non-averti(e). Par ailleurs, s'agissant de la mise en garde de la caution et, à l'instar de la mise en garde de

²⁹⁴ Cass. com., 16 mars 2010 : *Dr et patrimoine* 2010, n° 195, p. 88, note Ph. DUPICHOT. Conf. : Cass. com., 27 novembre 2012, n° 11-22.706 : *Dr. et patrimoine* 2013, n° 222, p. 81, note Ph. DUPICHOT ; *RD Bancaire et fin.* 2013, comm. 14, obs. D. LEGAIS.

²⁹⁵ C'est la définition du contrat de cautionnement par l'article 2288 du Code civil qui détermine son caractère accessoire. Ainsi, selon ce texte « Celui qui se porte caution d'une obligation, se soumet en vers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

l'emprunteur, il s'emblerait que l'existence d'un risque caractérisé d'endettement né de l'octroi des prêts, vienne déterminer la qualité de non averti de la caution dans l'existence de l'obligation de mise en garde²⁹⁶.

2. La qualité de l'emprunteur et de la caution déterminante de l'existence de l'obligation de mise en garde

121. Limitant la protection offerte par l'obligation de mise en garde aux emprunteurs et cautions non averti(e)s, il convient de successivement envisager celles-ci. En effet, la Cour de cassation adopte une définition large de l'emprunteur non averti (a) tout en refusant d'assimiler la caution professionnelle à une caution avertie (b).

a. La conception large de l'emprunteur non averti

122. Le deuxième élément déterminant l'existence de l'obligation de mise en garde à la charge du prêteur est la qualité de non averti de l'emprunteur. La Cour de cassation a sciemment choisi le terme de non averti dans la mesure où ce dernier lui permet d'englober le non professionnel. En effet, on oppose traditionnellement le profane au professionnel, laissant ainsi entendre que ces derniers sont exclus du bénéfice de l'obligation de mise en garde. Or, il a été souligné dans le communiqué de la Cour de cassation²⁹⁷ à propos des arrêts de la chambre mixte du 29 juin 2007²⁹⁸, que la Cour « rejette toute assimilation de l'emprunteur professionnel à l'emprunteur averti ». Ainsi, le choix du terme « non averti » est délibéré, en ce sens que, la Cour entend faire profiter le non-professionnel, c'est-à-dire celui qui contracte dans un domaine étranger à son

²⁹⁶ Cass. com., 27 novembre 2012 : *préc.*

²⁹⁷ Communiqué relatif aux arrêts 255 et 256 du 29 juin 2007 :

< http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/arrets_n_10614.html > (consulté le 27 juillet 2014).

²⁹⁸ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (2 arrêts) : *préc.*

activité professionnelle, de l'obligation de mise en garde. On s'éloigne donc ici de la rigidité du droit de la consommation, puisque la Cour de cassation entend faire bénéficier de la mise en garde, celui qui contracte pour des besoins professionnels, mais dont l'activité ne permet pas de le considérer comme averti dans les opérations financières. Les espèces des deux arrêts rendus par la chambre mixte de la Cour de cassation le 29 juin 2007 traduisent bien ces positions. En effet, dans la première espèce, il s'agissait de savoir si la banque était tenue d'un devoir de mise en garde envers l'emprunteur qui contracte des prêts pour les besoins de son activité agricole. Les juges du fond qui avaient condamné l'agriculteur à rembourser les sommes dues à la banque, voient leur décision censurée au motif qu'ils n'ont pas précisé « si M. X (...) était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative, si, conformément au devoir de mise en garde auquel elle était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, la caisse justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts »²⁹⁹. La deuxième espèce³⁰⁰ est similaire, puisqu'il s'agissait de déterminer si la banque était tenue ou non d'un devoir de mise en garde envers la coemprunteuse d'un prêt, destiné à l'acquisition d'un fonds de commerce avec son époux, alors que celle-ci était institutrice et n'avait jamais exercé d'activité artisanale ou commerciale. Ainsi, la Cour de cassation, contrairement au législateur, n'entend pas exclure de la protection mise en place, tous les professionnels. C'est le domaine de l'activité professionnelle qui déterminera la qualité d'averti ou non de l'emprunteur, celle-ci permettant de déterminer si l'emprunteur est initié aux arcanes de la profession bancaire. De ce fait, la Cour de cassation vient atténuer le déséquilibre des personnalités dans le rapport contractuel, en prenant en compte la vulnérabilité résultant d'une mauvaise connaissance ou d'une ignorance des rouages de la profession bancaire.

²⁹⁹ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104, *préc.*

³⁰⁰ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 06-11.673, *préc.*

b. Le rejet de l'assimilation de la caution professionnelle à une caution avertie

123. Le même raisonnement est tenu quant à la détermination de la qualité d'avertie ou non de la caution³⁰¹ et, plus particulièrement, à l'égard de la caution qui garantit la dette d'une personne morale. En effet, les personnes qui garantissent les dettes d'une personne morale sont le plus souvent les dirigeants, leur conjoint ou encore un parent proche. Il a alors été soulevé qu'il apparaissait absurde dans un tel cas que ces cautions puissent prétendre au bénéfice d'une mise en garde en raison, soit de leur connaissance, soit de leur implication dans la vie et la gestion de la personne morale. Refusant, à l'instar de la détermination de la qualité d'emprunteur d'averti ou non, le raisonnement selon lequel la caution dirigeante est nécessairement avertie, la Cour de cassation fait peser sur cette dernière une présomption simple d'avertie³⁰². Elle délègue la détermination de cette qualité à l'appréciation souveraine des juges du fond, tout en exerçant un contrôle approfondi de leur motivation³⁰³. Ainsi, trois critères semblent se dessiner à la lecture de la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle a, d'une part, réaffirmé que la qualité de dirigeant de la caution ne saurait suffire à considérer cette dernière comme avertie³⁰⁴. Autrement dit, par principe, est considérée comme avertie la caution dirigeante, mais encore faut-il confirmer cette présomption par d'autres éléments. On peut noter, à travers la jurisprudence, que cette qualification se fait d'une part, en fonction de l'implication de la caution dans la vie de l'entreprise, mais également, eu égard aux « compétences particulières en matière financière », permettant à la caution de « mesurer les enjeux et les risques »³⁰⁵ de l'opération dans laquelle celle-ci s'engage. Autrement dit, si la caution n'est pas impliquée dans la vie de l'entreprise, il semble que ce seul critère suffise à la considérer comme non

³⁰¹ Pour une étude d'ensemble sur ce point, voir : G. PIETTE, Rép. com Dalloz, V° Cautionnement commercial, 2014, n° 68 et suivants.

³⁰² Cass. com., 17 février 2009 : *JCP G* 2009. I. 150, n° 6, obs. Ph. SIMLER.

³⁰³ Cass. com., 4 mars 2014, n° 13-11.083 : *inédit*.

³⁰⁴ Cass. com., 27 novembre 2012 : *RD bancaire et fin.* 2013. 14, comm. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2013. 585, n° 6, obs. Ph. SIMLER.

³⁰⁵ Cass. com., 27 novembre 2012 : *préc.*

avertie qu'elles que soient, par ailleurs, ses compétences³⁰⁶. Si la caution est impliquée dans l'entreprise, il faudra établir que celle-ci dispose de « connaissances particulières en matière financière » lui permettant de mesurer les « enjeux et les risques » liés à son engagement³⁰⁷.

3. Le créancier professionnel débiteur de l'obligation de mise en garde

124. La détermination du débiteur de l'obligation de mise en garde est moins ardue puisque la jurisprudence considère qu'elle pèse sur tout professionnel dispensateur de crédit³⁰⁸ (le banquier, mais également l'établissement de crédit), ainsi que sur le courtier bancaire³⁰⁹. Le crédit étant ici entendu dans un sens large, englobant toutes ses formes, du crédit personnel au découvert en compte. La Cour de cassation est également venue préciser que « la mise en garde d'un autre banquier n'exonère pas le banquier qui, en définitive, a fourni le crédit »³¹⁰. Autrement dit, que les emprunteurs aient déjà été avertis sur le risque d'endettement excessif, lors d'une première démarche auprès d'un prêteur, n'exonère pas de son obligation celui qui octroie définitivement le crédit à ces emprunteurs. L'obligation de mise en garde est donc une obligation accessoire à l'opération contractuelle envisagée et doit être réalisée relativement à telle ou telle opération de crédit. S'agissant du débiteur de l'obligation de mise en garde dans le cadre du contrat de cautionnement, la

³⁰⁶ Cass. com., 31 janvier 2012 : *JCP G* 2012. 626, n° 5, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. sociétés* 2013. 28, obs. J.-F. BARBIERI. Voir toutefois : Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-30.927 : *JCP G* 2012. 626, n° 5, obs. Ph. SIMLER : la Cour approuve les juges du fond d'avoir retenu la qualité d'avertie pour les cautions, « parents du gérant de la société débitrice, censés, par leur fonction respectives dans d'autres sociétés que la société cautionnée, rompus au domaine des affaires ».

³⁰⁷ Cass. com., 22 novembre 2011, n° 10-25.920 : *RD bancaire et fin.* 2012 comm. 11, obs. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2012. 626, n° 5, obs. Ph. SIMLER.

³⁰⁸ Pour le contrat de crédit, voir : Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005 (4 arrêts) : *préc.* Pour le contrat de cautionnement, voir : Cass. com., 13 février 2007 : *RD bancaire et fin.* 2008. 9, obs. D LEGEAIS ; *Banque et droit janv.-févr.* 2008, p. 58, note N. RONTCHEVSKY.

³⁰⁹ Cass. com., 20 juin 2006 : *Bull. civ.* IV, n° 145 ; *D.* 2006. AJ. 1887, obs. X. DELPECH ; *JCP G* 2006. II. 10122, note A. GOURIO ; *JCP E* 2006. 2271, note D. LEGEAIS ; *RDC* 2007. 300, obs. G. VINEY ; *RTD com.* 2006. 645, obs. D. LEGEAIS.

³¹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004 : *Bull. civ.* I, n° 166 ; *JCP G* 2004. II. 10142, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Gaz. Pal.* 2005. 1183, note F. BOUCARD ; *RTD com.* 2004. 581, obs. D. LEGEAIS.

jurisprudence considère qu'elle incombe à tout créancier professionnel. Il est à noter que la définition donnée au créancier professionnel au sens de l'obligation de mise en garde diffère de celle donnée au créancier professionnel au sens des dispositions du Code de la consommation. Ainsi, dans le cadre de l'obligation de mise en garde, un vendeur « de fonds de commerce n'a pas la qualité de créancier professionnel »³¹¹, alors qu'à l'inverse, au sens des articles du Code de la consommation, est considéré comme créancier professionnel, « celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession, ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale »³¹². Là encore, le constat peut être fait que le droit de la consommation occulte les compétences de la personne pour ne tenir compte que de la qualité professionnelle ou non de celle-ci. Ainsi, que ces professionnels maîtrisent ou pas la technicité du contrat de cautionnement, autrement dit, qu'il s'agisse d'un agriculteur, d'un banquier, d'un industriel ou encore d'un artisan, tous relèvent du même régime. Or, si le reproche de la subjectivité, et donc d'une certaine instabilité, peut être fait au régime jurisprudentiel, nous ne pouvons que saluer cette définition faite au cas par cas.

B. LES DEUX VOLETS PRÉVENTIFS DE L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE

125. L'obligation de mise en garde comporte deux volets car elle oblige, dans un premier temps, à une obligation de renseignement, puis dans un

³¹¹ Cass. com., 13 février 2007 : *RD bancaire et fin.* 2008, comm. 9, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et droit* janv.-févr. 2008, p. 58, note N. RONTCHEVSKY.

³¹² Pour une définition du créancier professionnel au sens des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, voir : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *D.* 2009. 2198, note S. PIEDELIEVRE ; *ibid.* AJ 2032, obs. X. DELPECH ; *RTD com.* 2009. 601 et 796, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2009. 758, P. CROCQ ; *JCP G* 2009. 40, p. 25, note D. LEGEAIS ; *Contrats. conc. consom.* 2009, n° 225, obs. G. RAYMOND ; *LPA* 21 oct. 2009, note O. CUPERLIER ; *Gaz. Pal.* 2009. 3075, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Banque et Droit* sept.-oct. 2009. 44, obs. F. JACOB ; *RJDA* 2010, n° 76 ; *Dr. et proc.* 2009. 362, obs. Y. PICOD ; *RDC* 2009. 1444, note D. FENOUILLET ; *Bull. Joly* 2009. 1048, note D. HOUTCIEFF. Pour une définition du créancier professionnel visant l'article L. 341-4 du Code de la consommation relatif au principe de proportionnalité, voir : CA Chambéry, 31 octobre 2006 : *JCP G* 2007. I. 158, n° 5, obs. PH. SIMLER, conf. par CA Amiens, 11 octobre 2007 : *Banque et droit* 2008, n° 1198, p. 44, note F. JACOB. Pour une étude d'ensemble, voir : O. GOUT, « *La notion de créancier professionnel dans le droit du cautionnement* », *RLDC* déc. 2009.24.

deuxième temps à une obligation d'alerte. S'agissant de l'obligation de renseignement, c'est à l'emprunteur de fournir les éléments que le prêteur estimera nécessaire afin de procéder à l'évaluation de ses capacités de remboursement. Il est important de souligner que la jurisprudence n'oblige pas le prêteur à vérifier ni la véracité, ni l'exactitude des informations transmises par l'emprunteur³¹³. Cette position jurisprudentielle s'explique doublement. En premier lieu, il n'existe aucun moyen à la disposition des prêteurs professionnels afin de procéder à une telle vérification. Cette jurisprudence, qu'on pensait être sur le point d'évoluer, en raison du projet de création d'un fichier des particuliers, retrouve toute sa vigueur depuis la censure opérée par le Conseil constitutionnel³¹⁴. En effet, puisqu'un tel fichier n'a pas vu le jour³¹⁵, aucun outil ne permet aux prêteurs, à l'heure actuelle, de vérifier l'exactitude des informations transmises par l'emprunteur³¹⁶. En deuxième lieu, le développement des obligations d'informations, auquel on assiste depuis plusieurs années, et qui sont mises à la charge des professionnels, répond à une exigence de plus en plus accrue de loyauté dans les relations contractuelles³¹⁷.

³¹³ Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *Bull. civ.* I, n° 330 ; *D.* 2007. AJ. 2871, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2008. 256, note E. BAZIN ; *JCP* 2008. II. 10055, note A. GOURIO ; *JCP E* 2007. 2576, note D. LEGEAIS ; *RDI* 2008. 35, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; *Dr. et patr.* mars 2008, p. 81, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *RTD com.* 2008. 163, obs. D. LEGEAIS. Confirmé par : Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009, *Bull. civ.* I, n° 139 ; *D.* 2010. 2671, obs. Ph. DELEBECQUE.

³¹⁴ V. *supra* n° 58 et s.

³¹⁵ Le législateur s'est vu censuré par le Conseil constitutionnel sur la création d'un tel fichier lors de l'examen de constitutionnalité de la loi n° 2014-344, dite « Hamon » du 17 mars 2014 relative à la consommation. Les articles 67 à 72 de ladite loi mettaient en place un registre de crédits aux particuliers.

³¹⁶ Cette affirmation est à nuancer en ce sens que, dans la finalité de vérifier les capacités financières de l'emprunteur, les prêteurs, ou encore les bailleurs, demandent la transmission d'un certain nombre de documents (bulletins de paye, avis d'imposition, relevés de comptes bancaires, etc...). Néanmoins, ce système est d'une fiabilité relative puisque, depuis quelques années déjà, s'observe une recrudescence de production de faux par les preneurs ou les emprunteurs. En effet, souhaitant se préserver au maximum d'une déconfiture de leur cocontractant, les bailleurs et les prêteurs se montrent de plus en plus exigeants et, pour faire face à cette exigence qui se trouve de plus en plus en décalage avec la réalité des situations patrimoniales des ménages, les particuliers « trichent » sur la déclaration de leurs capacités financières : voir par exemple, « *Pour obtenir un logement, j'ai dû tricher* », *Le Monde*, 22 juin 2010. Dans un tel cas de figure, la Cour de cassation considère que le prêteur n'engage pas sa responsabilité pour manquement à son obligation de mise en garde lorsque la déloyauté de l'emprunteur n'était pas normalement décelable par le prêteur : voir, *infra* n° 29.

³¹⁷ Voir entre autre : G. FLECHEUX, « *Renaissance de la notion de bonne foi et loyauté dans le droit des contrats* », in *Le contrat au début du XXI^e siècle*, Etudes offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, 992

Or, cette loyauté dans les relations contractuelles est exigée tant à l'égard du prêteur que de l'emprunteur. On oblige ainsi, l'emprunteur à une bonne foi contractuelle qui, le cas échéant, le privera du bénéfice de la protection mise en place. Une fois renseigné par l'emprunteur des capacités financières de celui-ci, le prêteur devra alerter l'emprunteur du risque d'endettement né de l'octroi des prêts. L'obligation d'alerte, deuxième volet de l'obligation de mise en garde, est une obligation de moyens en ce qu'elle n'oblige pas le prêteur à refuser d'octroyer un crédit excessif³¹⁸. Il appartient donc à l'emprunteur, fort de cette mise en garde, de prendre la décision qu'il estime opportune, quant à sa situation. Par ailleurs, si ce dernier persiste dans son projet, le banquier qui l'a mis en garde ne verra pas sa responsabilité engagée. Il s'agit là plus d'une analyse théorique que pratique car, dans un tel cas, un banquier refusera le plus souvent d'accorder le crédit.

126. Si la preuve de l'exécution de l'obligation de mise en garde peut être rapportée par tous moyens, on considère que celle-ci est double. En effet, s'il appartient au prêteur de rapporter la preuve qu'il a bien rempli son obligation envers un emprunteur non averti³¹⁹, il appartient à l'emprunteur non averti de rapporter la preuve que le prêt était excessif relativement à ses capacités de remboursement³²⁰. Ainsi, la charge de la preuve pèse encore une fois sur les deux parties au contrat et non pas sur le seul prêteur comme en droit de la consommation. Il nous semble d'ailleurs opportun que la charge de la preuve, quant à l'exécution de l'obligation de mise en garde, pèse sur le prêteur. En effet, il est communément admis que cette preuve n'est pas chose aisée pour le prêteur³²¹, mais qu'elle deviendrait encore plus ardue pour l'emprunteur en ce

pages, p. 341-345 ; D. KRAJESKI, « *Les outils jurisprudentiels de la moralisation* », in *Libre droit*, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, 1083 pages, p. 563-577.

³¹⁸ Voir entre autre : J. DEVEZE, « *Retour sur le devoir de mise en garde du banquier* », RLDA octobre 2007, p. 32.

³¹⁹ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *prés.*

³²⁰ Cass. 1^{re}, 14 janvier 2010, *inédit* : JCP G 2010. I. 354, note A. GOURIO.

³²¹ Cette remarque peut être relevée pour toutes les obligations d'information, que soit la mise en garde, l'obligation générale d'information ou encore l'obligation de conseil.

sens qu'elle reviendrait, pour ce dernier, à rapporter la preuve d'un fait négatif. Or, il est de jurisprudence constante³²² de renverser la charge de la preuve lorsque les termes de l'article 1315 du Code civil, combinés à l'existence d'une obligation d'information, ont pour effet, de mettre à la charge de celui qui doit rapporter, la preuve d'un fait négatif. Enfin, quand bien même l'emprunteur est déchargé de rapporter la preuve de l'inexécution de l'obligation de mise en garde par le prêteur, on n'attend pas de lui un simple rôle passif en cas de litige, puisque c'est à lui de prouver que ses capacités financières sont insuffisantes par rapport à l'endettement né de l'octroi du prêt. Encore une fois, nous saluons cette position jurisprudentielle pour deux raisons principales. D'un côté, seul l'emprunteur est à même de rapporter une telle preuve. C'est lui qui détient tous les outils afin de justifier de ses capacités financières. La Cour de cassation met d'ailleurs à sa charge de démontrer objectivement sa situation financière, la seule interdiction bancaire ne suffisant pas à démontrer le caractère excessif du prêt litigieux³²³. D'autre part, il serait incongru qu'une telle preuve pèse sur le prêteur en raison de son devoir de non immixtion dans les affaires de son client.

C. L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE, ILLUSTRATION DES IMPERFECTIONS DU DROIT DE LA CONSOMMATION

127. L'obligation de mise en garde est assurément la mesure de prévention la plus révélatrice des lacunes du droit de la consommation. En effet, elle met en évidence, par le biais de ses conditions d'applications et des principes qu'elle met en place, les imperfections du droit de la consommation. On peut mesurer ces insuffisances par l'existence même de l'obligation qui est révélatrice de l'échec du droit de la consommation dans sa mission de rééquilibrer les positions de l'emprunteur et du prêteur (1). Par ailleurs, l'articulation du régime

³²² Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997 : *JCP G* 1997. I. 4025, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 1997. 434, obs. P. JOURDAIN ; *ibid.* 924, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1997. 751, obs. J.-L. AUBERT.

³²³ Cass.com., 3 juillet 2012 : *D.* 2012. 1878, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RD bancaire et fn.* 2012. 175, comm. F.-J. CREDOT et T. SAMIN ; *ibid.* 153, comm. A. CERLES ; *JCP E* 2012. 1519, comm. D. LEGEAIS ; *RLDA* 2012, n° 75, p.27, J. MOREL-MAROGER.

de l'obligation de mise en garde, selon la vulnérabilité du contractant, participe également à la mise en lumière de ces imperfections (2).

1. L'échec du droit de la consommation dans sa mission de rééquilibrage des positions de l'emprunteur et du prêteur

128. Nous considérons que cette obligation de mise en garde, met en évidence que le droit de la consommation n'atteint pas l'objectif auquel il est destiné, à savoir, rétablir l'équilibre entre les deux parties au contrat qu'il vient régir. En effet, comme nous l'avons déjà exposé, l'existence même du droit de la consommation est justifiée par le déséquilibre qu'il faut rétablir entre les parties au contrat. Ainsi, si l'on considère que le droit de la consommation vient remplir son objectif, on peut alors affirmer que le contrat de consommation est exempt d'un tel déséquilibre. Autrement dit, on peut considérer qu'un contrat qui respecte les règles de formation du droit de la consommation ne contient plus, après sa souscription, une partie faible et une partie en position de force. On peut toujours parler de consommateur et de professionnel, puisque, comme nous l'avons vu, la définition donnée de ces derniers par le droit de la consommation, n'est plus révélatrice de la capacité des personnes à agir dans tel ou tel domaine. Si l'on raisonne chronologiquement, le consommateur est une partie faible avant qu'il ne souscrive à un contrat, il ne lui restera plus que la qualité de consommateur après la conclusion d'un contrat de consommation puisque, la disparation de cet état de faiblesse est justement le rôle assigné au droit de la consommation. Or, si telle peut être la perspective affichée par le législateur, force est de constater, à travers la jurisprudence de la Cour de cassation, et notamment celle relative à l'obligation de mise en garde, que l'échec du droit de la consommation dans cette mission est patent. Ce constat n'est pas nouveau puisque, Mme Betch, conseiller rapporteur auprès de la Cour de cassation, s'interroge dans son rapport à l'occasion de l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation du 29 juin 2007³²⁴, sur l'opportunité de la distinction entre

³²⁴ Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (2 arrêts) : *préc.*

emprunteur profane et emprunteur averti dans le cadre du crédit aux particuliers³²⁵. Elle souligne « qu'il y a le dispositif légal de protection des emprunteurs dans le Code de la consommation qui a pour objet de compenser la situation d'infériorité dans lequel se trouve l'emprunteur particulier n'agissant pas à des fins non professionnelles »³²⁶. Par ailleurs, ce conseiller-rapporteur souligne également que, si la distinction profane/averti se justifie pleinement à l'égard d'une personne qui se porte caution dans la mesure où elle s'engage pour la dette d'un tiers, la même justification ne peut être tenue pour l'emprunteur. En effet, ce dernier s'engage « pour lui-même en fonction de sa propre situation financière qu'il est le mieux placé à connaître »³²⁷.

129. Dès lors, lorsque l'on se penche sur les différentes espèces donnant lieu à la mise en place de l'obligation de mise en garde pour les dispensateurs de crédit, nous ne pouvons qu'être surpris. En effet, tous ces arrêts ont pour objectif d'engager la responsabilité du prêteur de deniers alors même que les règles de formation des contrats de crédits issues du droit de la consommation ont été respectées. Dès lors, si nous suivons notre raisonnement de départ, les déséquilibres existant entre l'emprunteur et le prêteur avant la conclusion du contrat, devraient être enrayées puisque c'est l'objectif même du formalisme mis en place dans ces types de contrats. Or, lorsque le juge de droit commun, se fondant sur l'article 1147 du Code civil, affirme que le professionnel est tenu envers l'emprunteur profane d'une obligation de mise en garde, il part du principe selon lequel l'emprunteur profane est en position de faiblesse. Autrement dit, le juge de droit commun considère l'emprunteur dans le même état de faiblesse que le droit de la consommation, alors que c'est justement le rôle de ce dernier de faire disparaître cette dichotomie. En quelque sorte, le droit commun, à travers l'obligation de mise en garde, agit comme si le droit de la

³²⁵ Rapport de Mme Betch, conseiller-rapporteur auprès de la Cour de la cassation, rapport donné pour les arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation du 29 juin 2007.

³²⁶ *op. cit.*

³²⁷ *op. cit.*

consommation n'existait pas ou, tout du moins, qu'il ne réussit pas dans cette mission qui est la sienne.

130. Certains diront que l'obligation de mise en garde n'est pas nécessairement le reflet de l'insuffisance du droit de la consommation à effacer les disparités entre les parties au contrat puisque, celle-ci, intervient en même temps que le droit de la consommation. En effet, il s'agit d'une obligation précontractuelle d'information³²⁸ qui prend naissance, si toutes les conditions sont réunies, au même moment que le formalisme régi par le droit de la consommation. Ainsi, on pourrait affirmer que le droit commun peut considérer l'emprunteur comme faible puisque le formalisme consumériste n'a pas encore rétabli le déséquilibre qui existe entre ce dernier et son cocontractant. Néanmoins, au-delà de sa fragilité, cette analyse n'est pas satisfaisante au regard du visa sur lequel repose la jurisprudence relative à l'obligation de mise en garde³²⁹. En effet, les arrêts sont tous rendus au visa de l'article 1147 du Code civil³³⁰, qui est relatif à la responsabilité contractuelle. Au regard de la jurisprudence, malgré le débat doctrinal qui existe sur ce point³³¹, cette obligation de mise en garde relève du champ contractuel. Nous considérons que deux explications sont à retenir sur ce point. La première, qui justifie le rattachement de l'obligation de mise en garde au champ contractuel, est celle

³²⁸ Il existe trois obligations précontractuelles d'information : l'obligation générale d'information, l'obligation de conseil et l'obligation de mise en garde.

³²⁹ Le visa est d'ailleurs le même pour toute les obligations précontractuelles d'information, ainsi que ce soit le manquement à l'obligation générale d'information ou le manquement à l'obligation de conseil, la sanction se fait au visa de l'article 1147 du Code civil.

³³⁰ Quelques arrêts rattachent l'obligation d'information au domaine délictuel : Cass. com. 11 jan, v. 1984 : *Bull. civ. IV*, n° 16 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 oct. 1988 : *Bull. civ. I*, n° 265 ; Cass. com. 23 mai 1989 : *JCP E* 1989. I. 18761 ; *RTD civ.* 1989. 736, obs. J. MESTRE. Il convient néanmoins de souligner que les espèces sont alors différentes, car dans un des arrêts il s'agit d'une relation contractuelle entre deux professionnels et dans l'autre un dol de la part du débiteur est également retenu. Alors que tous les arrêts rendus au visa de l'article 1147 du Code civil ont tous des espèces similaires, une relation contractuelle entre un professionnel et un emprunteur non averti et que seule l'inexécution des obligations précontractuelles du prêteur peut être retenue.

³³¹ La doctrine est divisée sur le point de savoir si l'obligation de mise en garde relève du champ contractuel ou du champ délictuel. Voir : B. PETIT et S. ROUXEL, *Contrats et obligations – Obligation d'information*, JCL Fasc. 50.

par laquelle on considère que les informations dues au titre de cette obligation ne sont pas uniquement précontractuelles. Ainsi, dans un souci de clarté pour le créancier de cette obligation, il convient de ne pas lui demander de scinder ses actions entre le champ délictuel et contractuel. De surcroît, dans certaines espèces, il est délicat de déterminer à quel champ appartient telle ou telle information. La deuxième explication, qui vient en réalité compléter la première, consiste à affirmer que dans tous les cas où le créancier de l'obligation de mise en garde assigne le débiteur de celle-ci pour inexécution, un contrat entre les deux parties existe. Même si dans la pure tradition juridique on ne peut que considérer qu'elle intervient, en partie, avant la conclusion du contrat, c'est toujours au moment de l'exécution du contrat que l'inexécution de cette obligation se révèle. En effet, lorsqu'un individu consulte un professionnel pour conclure un contrat de prêt, si les informations précontractuelles qu'il donne sont insatisfaisantes, ce dernier s'adresse à la concurrence. Ce que nous tentons de dire, c'est que fort heureusement, les individus ne sont pas procéduriers au point d'assigner un prêteur de deniers pour inexécution de son obligation de mise en garde, alors même qu'aucun lien contractuel n'existe avec celui-ci. Dès lors, l'assignation du débiteur de l'obligation de mise en garde sur le seul terrain délictuel reste un cas d'école car, si un contrat existe entre le créancier et le débiteur, les informations dues au titre de l'obligation de mise en garde seront précontractuelles mais relèveront aussi de l'exécution du contrat. Or, puisque le « délictuel » est subsidiaire au « contractuel », il en va de soi qu'une obligation pouvant relever des deux champs reçoive la qualification de contractuelle.

2. La vulnérabilité déterminante de l'obligation de mise en garde

131. Que ce soit, tant au regard de l'obligation de mise en garde dans le cadre du contrat de prêt, que dans le cadre du contrat de cautionnement, le constat de la mise à l'écart de personnes vulnérables face au risque de surendettement, par le droit de la consommation, peut être constaté. En effet, annoncé comme étant le droit venant offrir une protection, tant juridique

qu'économique, aux personnes les plus faibles, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'obligation de mise en garde, impose de relativiser cette approche du droit de la consommation. Nous considérons que le choix opéré par la Cour de cassation tendant à inclure les professionnels non avertis, dans la protection qu'elle met en place, vient refléter une des lacunes du droit de la consommation. En effet, tout professionnel n'est pas nécessairement initié au domaine des affaires et peut présenter une vulnérabilité dans certains actes, notamment bancaires, ayant trait à leur activité professionnelle³³². Ainsi, si le droit de la consommation offrait une protection à toutes les personnes vulnérables face au risque de surendettement, la Cour de cassation n'aurait nul besoin de recourir à l'obligation de mise en garde afin de leur venir en aide. Cette affirmation est cependant à tempérer au regard du contrat de cautionnement, puisque les dispositions du Code de la consommation s'appliquent indifféremment à toute personne physique qui conclue un contrat de cautionnement au profit d'un créancier professionnel³³³.

§ 2. LA MISE EN LUMIÈRE DE LA CAUSE DE L'OBLIGATION DANS LA PRÉVENTION

132. Utilisée dans le cadre de l'élaboration des mesures prétoriennes de prévention du surendettement la cause de l'obligation retrouve une légère force. En effet, très souvent décriée, voir considérée comme inutile au droit des obligations, la notion de la cause tend à disparaître. Tel est le cas dans le projet de réforme du droit des contrats³³⁴ qui opte pour sa suppression et préfère la remplacer par la notion de « but »³³⁵ du contrat. Cette notion se révèle pourtant d'une certaine utilité, que ce soit dans la détermination de la licéité d'un contrat

³³² V. *infra* n° 315.

³³³ V. pour une critique de l'application des dispositions protectrices à toutes les personnes physiques se portant caution : *infra* n° 148.

³³⁴ Les projets de réforme précédents étaient partagés sur la question du maintien de la cause. Ainsi, le projet Catala avait opté pour son maintien, tandis que le projet de la Chancellerie avait opté par sa suppression en la remplaçant par la notion d'intérêt.

³³⁵ Article 2 du Projet de réforme du droit des obligations : *préc.*

ou dans la vérification de l'existence d'obligation réciproque des parties à un contrat synallagmatique. D'ailleurs, les juridictions n'hésitent pas à y recourir occasionnellement dans le cadre de la prévention du surendettement des particuliers (B). Cette utilisation possible de la notion de cause dans le cadre de la prévention trouve son origine dans la requalification du contrat de prêt (A).

A. LA REQUALIFICATION DU CONTRAT DE PRÊT À L'ORIGINE DE LA REDÉFINITION DE LA CAUSE DE L'OBLIGATION

133. Traditionnellement, le contrat de prêt était qualifié de contrat réel, mais sous l'influence du droit de la consommation (1), sa nature s'est rapprochée du contrat consensuel. Or, la jurisprudence a relevé que cette requalification emportait directement une incidence sur la cause de l'obligation de l'emprunteur (2).

1. L'influence du droit de la consommation sur la qualification du contrat de prêt

134. Influencée par les dispositions issues du Code de la consommation, la Cour de cassation est venue requalifier le contrat de prêt, qui était classiquement qualifié de contrat réel car ne se formant qu'après la remise des fonds par le prêteur³³⁶. Or, le développement des règles consuméristes de formation du contrat de prêt vient bouleverser cette classification fondée sur les conditions de formation du contrat. Ainsi, la majorité des contrats de prêt relève aujourd'hui des dispositions du Code de la consommation³³⁷ et se forme plutôt par la rencontre de deux volontés. Autrement dit, le contrat de prêt se trouve formé après l'acceptation par un emprunteur de l'offre émise par un prêteur. Cette modification substantielle des conditions de formation du contrat de prêt

³³⁶ POTHIER, *Obligations*, n° 10 ; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. 24, 2^e éd., 1870, n° 31 et s.

³³⁷ Ne relèvent pas du Code de la consommation, tous les prêts consentis par un professionnel à un particulier, dont le montant est soit inférieur à 200 €, soit supérieur à 75000 €. Echappent également aux dispositions du même code, les prêts entre particuliers ou entre professionnels.

confère, corrélativement, une nature plus consensuelle que réelle à ce contrat. Reconnaisant cette évolution au fil de ses arrêts³³⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 mars 2000³³⁹, a reconnu, sous forme de principe, que tous les prêts accordés par un professionnel de crédit ne devaient plus s'analyser comme étant des contrats réels, mais comme des contrats consensuels et synallagmatiques. La précision de la qualité de professionnel du prêteur, dans la motivation de la Cour de cassation, traduit bien la volonté de celle-ci, de faire preuve de réalisme au regard du régime de plus en plus formel du contrat de prêt. En effet, ce caractère réel du contrat de prêt se formant par la remise des fonds apparaissait de plus en plus en décalage avec le régime législatif encadrant les contrats conclus avec un prêteur professionnel.

135. Parmi de nombreuses conséquences qu'emporte cette requalification³⁴⁰, c'est celle sur la détermination de la cause de l'engagement de l'emprunteur dans le cadre d'un contrat de prêt³⁴¹, qui retiendra ici notre attention. En effet, deux lectures peuvent être adoptées, l'une consistant à ne considérer que la cause purement objective et l'autre consistant à prendre également en compte un élément plus subjectif de la cause, celui de l'affectation des fonds débloqués par le prêt. Autrement dit, soit on considère que l'obligation de remboursement de l'emprunteur trouve uniquement sa cause

³³⁸ Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998 : *D.* 1999. 28, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER ; *ibid.* 194, note M. BRUSCHI ; *Defrénois* 1999. 16, note S. PIEDELIEVRE.

³³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *Bull.civ.* I, n° 105, p. 70 ; *JCP G* 2000. II. 10296, concl. avocat général J. SAINTE-ROSE ; *JCP N* 2000. 1270, note D. LOCHOUARN ; *Contrats, conc., consom.* 2000. 106, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2000, art. 37188, n° 41, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 2000. 482, note S. PIEDELIEVRE ; *ibid.* 2000. 1615, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER ; *ibid.* 2002. 640, obs. D.-R. MARTIN.

³⁴⁰ V. J. GHESTIN, « Cause de l'engagement et validité du contrat », LGDJ, 2006, 944 pages, spéc. n° 536 et s.

³⁴¹ Si le contrat de prêt est un contrat réel, alors la cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la remise effective des fonds par le prêteur. Or, puisqu'il s'agissait d'un contrat réel, la cause de l'obligation se confondait avec l'une des conditions de formation du contrat. Ainsi, la cause du contrat de prêt, tant que ce dernier était qualifié de contrat réel, ne soulevait aucune interrogation. En revanche, si on considère que le contrat de prêt est un contrat consensuel, alors la remise des fonds par le prêteur s'analyse comme la première phase d'exécution du contrat de prêt.

dans la remise des fonds par le prêteur, soit on considère que cette remise des fonds cause l'engagement de l'emprunteur (existence de la cause) mais encore faut-il, pour que cette dernière soit exacte (fausse cause), que les fonds mis à disposition aient bien été affectés à l'usage contractuellement prévu. Entraînant, soit la nullité du contrat de prêt, soit sa résolution avec engagement de la responsabilité contractuelle du prêteur, la question soulevée n'est pas dénuée d'intérêt dans l'étude qui nous occupe. En effet, il va apparaître au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, que la cause peut servir de fondement à la prévention du surendettement des particuliers. Cette affectation des fonds est un élément important puisque, s'il est pris en compte dans l'appréciation de la cause de l'engagement de l'emprunteur, il permettra d'empêcher qu'un prêteur peu scrupuleux puisse les affecter à la satisfaction d'une créance préexistante. L'exemple peut être celui d'un prêteur qui fait souscrire un prêt destiné à la rénovation d'un immeuble, ce dernier servant en réalité à couvrir le solde débiteur du compte courant d'un proche parent en déconfiture³⁴². Il est malheureusement relativement fréquent de constater que des emprunteurs recourent au crédit dans la perspective de venir en aide à leurs descendants ou ascendants qui sont en difficulté, se mettant alors, eux-mêmes, en difficulté.

2. Le rôle de la jurisprudence dans la requalification de la cause

136. D'abord timide, l'appréciation jurisprudentielle de la cause de l'engagement de l'emprunteur (a) à la suite de la requalification du contrat de prêt, a néanmoins permis d'y intégrer la prise en compte de l'affectation des fonds (b).

³⁴² Loin d'être un cas d'école, l'exemple est formé à partir de l'espèce d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier, le 25 novembre 2003. Voir *infra*, n° 140, pour une étude plus approfondie de cette décision.

a. Les prémices de l'appréciation jurisprudentielle de la cause de l'engagement de l'emprunteur

137. Un premier éclaircissement, quant à l'appréciation de la cause faisant suite à la requalification du contrat de prêt, avait été apporté par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 19 juin 2008³⁴³. Saisie d'un pourvoi tendant à l'annulation du contrat de prêt pour absence de cause³⁴⁴, la Cour de cassation rend un arrêt de rejet en énonçant que : « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel ; que c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence comme l'exactitude doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat ». Elle en conclut au rejet du pourvoi aux motifs que les fonds avaient été remis aux emprunteurs et que « l'utilisation de ces sommes par les emprunteurs, décidée postérieurement à l'exécution de l'obligation » de la banque « était sans incidence sur la cause de l'obligation » des emprunteurs. Cette jurisprudence a reçu deux interprétations différentes en doctrine, certains y voyaient un rejet de toute autre forme que la cause purement objective, s'analysant comme étant la remise des fonds à l'emprunteur par le prêteur. D'autres considéraient, en revanche, et par le biais d'un raisonnement *a contrario*, qu'il était permis de considérer que l'affectation des sommes contractuellement prévue pouvait avoir une incidence sur la cause de l'obligation de l'emprunteur à la condition que cette affectation soit rentrée dans le champ contractuel. Autrement dit, se posait ici la question de savoir si dans le cas d'une affectation des sommes du prêt décidée au moment de la conclusion du contrat, le non-respect par le prêteur de cette affectation, doit-il s'analyser en une absence de cause de l'obligation de l'emprunteur ?

³⁴³ Cass. civ.1^{re}, 19 juin 2008 : *JCP G* 2008. II. 10150, note A. CONSTANTIN ; *RDC* 2009/1, p. 188, obs. P. PUIG ; *Contrats, conc., consom.* 2008. 255, note L. LEVENEUR ; *D.* 2008. 2555, note F. CHENEDE ; *ibid.* 2363, P. CHAUVIN ; *RTD com.* 2008. 602, note D. LEGEAIS ; *Gaz. Pal.* 2008. 5. 3398, obs. S. PIEDELIEVRE.

³⁴⁴ Ne faisant pas directement parti de l'objet de notre étude, nous ne traiterons pas ainsi du débat doctrinal, aussi passionnant soit-il, sur la lecture de l'article 1131 du Code civil. En effet, si pour une majorité de la doctrine l'article 1131 du Code civil vient confondre existence et fausseté de la cause, pour une autre, il convient de les distinguer. Voir entre autre : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, 944 pages ; J.-R. BINET, « De la fausse cause », *RTD civ.* 2004, p. 655.

b. La confirmation de la prise en considération de l'affectation des sommes dans l'appréciation de la cause de l'engagement de l'emprunteur

138. C'est un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 7 avril 2009³⁴⁵ qui lèvera le voile sur ces incertitudes. Dans cet arrêt, et reprenant la solution dégagée par la première chambre civile, la chambre commerciale vient offrir les éclaircissements nécessaires. Les faits de l'espèce sont simples puisqu'il s'agissait d'une banque (prêteur professionnel) qui avait accordé à un artisan un prêt destiné au financement de l'acquisition d'un droit au bail ainsi que de la réalisation de travaux, qui, en réalité, a servi à la souscription de placements de retraites. Suite à son assignation par la banque en raison des échéances du prêt demeurant impayées, l'emprunteur cherche à se délier de son engagement sur le terrain de la cause. Il développe ainsi l'argument selon lequel la cause de son engagement ne réside pas uniquement dans la remise des fonds par le prêteur mais également dans l'affectation des fonds qui était contractuellement prévue. Les juges du fond le déboutent de sa demande aux motifs que : « la cause du prêt réside dans la délivrance des fonds, laquelle a été réalisée ». Saisie du litige, la chambre commerciale vient censurer la décision des juges du fond dans un bel attendu de principe. Elle considère, en effet, que : « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel ; que c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur, que l'obligation trouve sa cause, dont l'existence, comme l'exactitude, doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat ». Elle conclut à la violation des articles 1131 et 1134 du Code civil par la Cour d'appel, en ce que les juges du fond ont considéré que la cause du prêt résidait dans la délivrance des fonds. Plusieurs enseignements peuvent être tirés de la lecture de cet arrêt.

139. D'une part, il vient confirmer la jurisprudence de la première chambre civile en ce que : « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est

³⁴⁵ Cass. com., 7 avril 2009 : *Bull. civ.* IV, n° 54 ; *JCP G* 2009. 77, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *D.* 2009. 2080, note J. GHESTIN ; *Defrénois* 2009. 1942, note J. FRANCOIS ; *Dr. et patrimoine* juill. 2009, p. 87, obs. L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2010. 1043, obs. D. R. MARTIN ; *RTD com.* 2009. 598, obs. D. LEGEAIS.

pas un contrat réel »³⁴⁶ et que c'est donc la nature consensuelle de ce dernier qui est retenue. D'autre part, il vient préciser les conséquences de cette requalification sur l'appréciation de la cause dans le prêt d'argent. En effet, par un raisonnement *a contrario*, la Cour de cassation considère que la cause de l'obligation de l'emprunteur ne réside pas uniquement dans la remise des fonds par le prêteur mais que, dans son appréciation, il faut également prendre en compte la destination du prêt convenu par les deux parties au moment de la formation du contrat de prêt. Ce principe est important dans la prévention du surendettement des particuliers, en ce sens que celle-ci peut revêtir différentes formes. Ainsi, la prévention du surendettement peut s'analyser comme étant l'ensemble des outils empêchant un emprunteur de s'endetter au-delà de ses capacités de remboursement ; mais, cette prévention, peut aussi s'entendre de tous les outils permettant de ne pas aggraver une situation précaire dans laquelle se trouve un emprunteur, lui permettant, avec l'aide d'un plan amiable, de faire face à son endettement. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, peut justement s'analyser comme un outil permettant de ne pas aggraver la situation déjà obérée d'un emprunteur. En effet, à l'instar du droit des entreprises en difficultés, plus les difficultés financières sont appréhendées rapidement, moins difficile sera la réussite d'un plan amiable permettant à l'emprunteur de faire face à ses engagements.

B. LA CAUSE DE L'OBLIGATION, OUTIL OCCASIONNEL MAIS EFFICACE DE PRÉVENTION

140. Cette jurisprudence de la Cour de cassation, n'est pas surprenante en ce qu'elle vient confirmer des arrêts antérieurs³⁴⁷, notamment un arrêt rendu par la Cour d'appel de Montpellier du 25 novembre 2003³⁴⁸. Dans cette espèce,

³⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 : *préc.*

³⁴⁷ Cass. com., 7 avril 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *JCP G* 1992, IV, 1706 ; *RTD com.* 1993, p. 143, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE. Cass. com., 3 novembre 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 336 ; *JCP E* 1993, II, 402, note D. VIDAL.

³⁴⁸ CA de Montpellier, 25 novembre 2003, n° 01/03493.

un prêteur avait accordé son concours à deux prêts immobiliers qui avaient, en réalité, été utilisés afin d'apurer le passif de la mère de l'emprunteuse qui était frappée d'une mesure de redressement judiciaire civil³⁴⁹. Il apparaissait clairement que le but recherché par le prêteur dans l'octroi de ces prêts était de se soustraire aux contraintes d'une procédure de surendettement dont son emprunteur faisait l'objet et de se procurer un débiteur solvable. Frappant de nullité les contrats litigieux au visa de l'article 1131 du Code civil, les juges du fond retiennent également dans cette espèce la responsabilité contractuelle du prêteur au visa de l'article 1147 du Code civil. Mises en parallèle, ces jurisprudences font apparaître une autre mesure de prévention du surendettement que vient offrir le droit commun des obligations. Cette mesure, fondée sur la théorie de la cause qui est souvent décriée voir ignorée³⁵⁰, nous apparaît comme un moyen de lutte efficace non seulement en ce qu'il permet de se prémunir contre les prêteurs peu scrupuleux mais encore en ce qu'il responsabilise également l'emprunteur sur l'utilisation qu'il fait de l'argent octroyé par le biais d'un crédit. En effet, si une telle jurisprudence était amenée à prospérer elle devrait, comme le souligne le Professeur Dominique Legeais, « inciter les établissements de crédit à rédiger avec la plus grande minutie les clauses des contrats de prêt en cas d'affectation »³⁵¹.

141. D'autre part, ces décisions fondées sur la cause de l'obligation mettent en lumière une des grandes lacunes du droit de la consommation dans la prévention du surendettement des particuliers. En effet, bien que la définition de la situation de surendettement d'un particulier prenne en compte « les dettes à échoir », aucune mesure ne vient alerter l'emprunteur sur l'inopportunité de la

³⁴⁹ Ancienne terminologie de l'actuelle procédure de rétablissement personnel (anc. articles L. 332-1 et s. du Code de la consommation).

³⁵⁰ Voir notamment les différents projets de réforme européens des contrats qui ignorent la théorie de la cause : Les principes de droit européen des contrats (PDEC), le Projet de Cadre commun de référence (DCFR). On peut également faire référence à l'avant-projet de Code européen des contrats, dit « Gandolfi ». Pour une présentation exhaustive de toute la doctrine relative à la cause, voir : J. GHESTIN : « *Cause de l'engagement et validité du contrat* », *préc.*

³⁵¹ V. D. LEGEAI, note ss : Cass. civ. 1re, 18 juin 2009: *préc.*

conclusion d'un contrat de crédit dans le but d'en rembourser un préexistant. N'aurait-il pas été judicieux, au lieu de la mise en place d'un slogan complètement avilissant³⁵², de prévoir une alerte mettant en garde un emprunteur qui souhaite contracter un prêt pour honorer des dettes antérieures ? Ne peut-on pas obliger le prêteur, dans un tel cas de figure, à orienter l'emprunteur vers la commission de surendettement dont il relève afin qu'un plan amiable, aussi succinct soit-il, puisse être mis en place ? En effet, et il n'est pas inutile de le répéter, plus prompte sera la prise en charge des quelques difficultés rencontrées par l'emprunteur, plus les chances de réussite d'un plan amiable seront grandes. Or, tant que les emprunteurs ne seront pas précocement orientés et guidés dans une telle démarche, que ce soit par la crainte de s'adresser à une commission de surendettement³⁵³ ou tout simplement par ignorance de ces dispositions législatives³⁵⁴, la saisine des commissions de surendettement ne se fera que trop tardivement. Une analogie peut parfaitement s'établir avec le droit des entreprises en difficultés qui, depuis quelques années³⁵⁵, met l'accent sur le poids considérable que peut jouer l'anticipation des difficultés financières dans la sauvegarde d'une entreprise. Toutes les dispositions législatives mises en place concourent au même but : l'anticipation des risques par le gestionnaire pour une meilleure sauvegarde de l'entreprise. Si le choix de deux systèmes distincts pour les entreprises et les particuliers peut se justifier³⁵⁶, il n'en reste pas moins que l'un peut constituer une source d'inspiration pour l'autre. Or, fruit d'une longue construction législative, le droit

³⁵² Modifié par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, l'article L. 311-5 du Code de la consommation dispose, en son dernier alinéa, que : « Toute publicité, à l'exception des publicités radiodiffusées, contient, quel que soit le support utilisé, la mention suivante : « Un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager » ».

³⁵³ Pour beaucoup d'emprunteurs un amalgame peut s'opérer entre la saisine d'une commission de surendettement, qui est une procédure purement administrative et la saisine du juge. Or, il est bien connu, que beaucoup de justiciables hésitent à saisir le juge par intimidation vis-à-vis du système judiciaire.

³⁵⁴ Il est probable que beaucoup, voir la majorité, des emprunteurs relevant de la définition de l'article L. 330-1 du Code de la consommation ne le connaissent pas. Or, pour qu'un système préventif soit efficace il faut qu'il soit porté à la connaissance de la personne qu'il cherche à protéger.

³⁵⁵ Voir le dossier législatif de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises : JO du 27 juillet 2005, n° 173.

³⁵⁶ Voir *infra* n° 294 et s.

des entreprises en difficultés a beaucoup d'avance sur le droit du surendettement des particuliers et, notamment, dans la prévention de la faillite des entreprises. Ainsi, le Code de commerce dispose de tout un arsenal de mesures ayant pour seul but d'encourager l'anticipation des difficultés pouvant compromettre la continuité de l'entreprise³⁵⁷. Il en résulte que loin d'être inutile, la théorie de la cause de l'obligation telle que définie par la jurisprudence de la Cour de cassation, pourrait servir d'outil à cette anticipation des difficultés par les emprunteurs.

§ 3. Le recours limité à la théorie du vice de violence économique

142. Dans un cadre beaucoup plus restrictif que celui de la théorie de la cause de l'engagement de l'emprunteur, il est important de souligner que la Cour de cassation a eu recours à une autre notion classique du droit commun dans la recherche de l'équilibre contractuel. En effet, rejoignant le raisonnement que l'on pouvait tenir relativement à la cause de l'engagement de l'emprunteur, la jurisprudence est venue reconnaître, certes de façon très restrictive, la violence économique comme vice du consentement. Après une reconnaissance de cette forme de violence comme vice du consentement dans un arrêt du 30 mai 2000³⁵⁸, la première chambre civile de la Cour de cassation est venue définir les conditions de sa mise en œuvre, dans un arrêt postérieur du 3 avril 2002³⁵⁹. Le litige était né suite au licenciement d'une salariée travaillant pour une maison d'édition. La requérante prétendait que son consentement à la cession au profit de son ancien employeur, de ses droits d'auteurs et d'exploitation d'un ouvrage

³⁵⁷ Ces dispositions sont répertoriées dans le Livre VI du Code de commerce et, notamment, dans les Titres 1^{er} et 2^e dudit Livre, respectivement intitulés « De la prévention des difficultés des entreprises » et « De la sauvegarde ».

³⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *JCP G* 2001. II. 10461, note G. LOISEAU ; *JCP E* 2001. II. 571, note R. SECNAZI ; *Contrats, conc., consom.* 2000. 142, note L. LEVENEUR ; *D.* 2000. 879, note J.-P. CHAZAL ; *Defrénois* 2000. 1124, obs. Ph. DELEBECQUE ; *D.* 2001. 1140, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2000. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *ibid.* 863, obs. P.-Y. GAUTIER.

³⁵⁹ Cass.civ. 3^e, 3 avril 2002 : *Contrats, conc., consom.* 2002, note L. LEVENEUR ; *JCP G* 2002. I. 184, obs. G. VIRASSAMY ; *D.* 2002. 1860, note J.-P. GRIDEL et J.-P. CHAZAL ; *ibid.* 2844, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 2002. 1246, obs. E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2002. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

qu'elle avait réalisé, avait été donné alors qu'elle était en état de dépendance vis-à-vis de ce dernier. Les juges du fond avaient fait droit à sa demande en considérant que le statut salarial plaçait l'auteur dans une situation de dépendance économique vis-à-vis de son employeur et que la crainte de perdre son emploi avait influencé son consentement en l'empêchant de correctement négocier la cession de ses droits. La Cour de cassation vient censurer la décision des juges du fond sur le fondement de l'article 1112 du Code civil en considérant que « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement ». En statuant ainsi, la Cour de cassation vient poser trois conditions cumulatives à la reconnaissance du vice de violence : un état de dépendance économique, une exploitation abusive de cet état de dépendance économique par le cocontractant et, enfin, qu'il résulte de cette exploitation abusive un accord allant à l'encontre des intérêts légitimes de la personne en situation de dépendance. Si cet arrêt vient nettement restreindre le vice de violence économique, il n'en demeure pas moins que cette forme de violence constitue un vice du consentement.

143. Contrairement à ce que l'on a constaté à propos de la notion de cause, cette position jurisprudentielle est semblable à celle adoptée par les projets européens sur le droit des contrats qui reconnaissent cette cause de nullité du contrat ou de l'une de ses clauses. Il en va d'ailleurs de même pour l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui prévoit le vice de violence économique dans son article 50. Pourtant, les conditions restrictives mises en place par la Cour de cassation, ont quasiment pour effet d'anéantir la reconnaissance de ce vice. S'il est indéniable que cette forme de violence existe, il apparaît toutefois fondamental, et notamment au regard de la force obligatoire des contrats, de venir strictement l'encadrer. En effet, le recours à la notion d'abus de droit nous paraît pleinement justifié en ce que, la simple reconnaissance du vice de violence économique par la seule constatation d'un état de faiblesse, serait trop

pernicieuse³⁶⁰. Les relations contractuelles dans lesquelles une des parties se trouve en état de faiblesse sont nombreuses et, par conséquent, la constitution du vice de violence économique par ce seul élément, porterait atteinte à la sécurité juridique des transactions. Néanmoins, en application des principes dégagés par la première chambre civile de la Cour de cassation en 2002, il est permis d'affirmer que le contrat qui résulte de l'exploitation abusive par un prêteur, de l'état de faiblesse dans lequel se trouve un emprunteur, et qui irait à l'encontre des intérêts de ce dernier, pourrait être frappé de nullité sur le fondement de l'article 1112 du Code civil³⁶¹. Cependant, dans la mesure où la charge de la preuve pèse sur l'emprunteur, la nullité d'un contrat de prêt sur ce fondement paraît plus qu'hypothétique.

³⁶⁰ Projet réforme de droit des contrats sur les conditions d'existence du vice de violence économique qui reprend les conditions de l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 3 avril 2002, *préc.*

³⁶¹ Un parallèle intéressant peut être fait ici avec le droit pénal qui vient incriminer l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse dans les dispositions de l'article 223-15-2 du Code pénal dont le champ a été étendu par la loi du 12 juin 2001.

SECTION II.

LA JURISPRUDENCE, FACTEUR DE RÉÉQUILIBRAGE ET D'ASSOUPPLISSEMENT

144. Fruit d'une conciliation entre le respect de certaines dispositions législatives, et la nécessité de protéger la partie la plus faible au contrat, la jurisprudence offre un atout considérable dans la prévention du surendettement des particuliers. On peut ainsi constater que l'œuvre prétorienne vient éviter, dans les mesures qu'elle met en place, les écueils du formalisme introduit par le droit de la consommation. De plus, si les solutions adoptées par les juridictions dans le cadre de la prévention du surendettement des particuliers, offrent l'avantage de mieux répartir les obligations entre les emprunteurs et les prêteurs (§1), elle permet également de remédier aux inconvénients du formalisme introduit par le droit de la consommation. En effet, si le risque des règles prétoriennes réside dans la relative instabilité des régimes qu'elles mettent en place, leur souplesse permet nettement de remédier à la rigidité du formalisme des règles du droit de la consommation (§2).

§ 1. UNE MEILLEURE RÉPARTITION DES OBLIGATIONS ENTRE EMPRUNTEUR/PRÊTEUR

145. À travers l'étude des différentes décisions étudiées, nous pouvons constater que les solutions prétoriennes répartissent plus équitablement les obligations à la charge des parties. En effet, que ce soit au titre de l'obligation de mise en garde, de la nullité pour absence de cause ou encore pour vice de violence économique, les solutions prétoriennes prennent en compte l'attitude des deux parties au contrat. Cet élément nous semble important en ce qu'il permet d'introduire une certaine forme d'équité dans les solutions proposées.

Autrement dit, et contrairement au droit de la consommation³⁶², le juge ne cible pas de manière impersonnelle et abstraite une catégorie de personnes répondant à une définition donnée. Certes, le juge vient viser l'emprunteur non averti, donc une catégorie déterminée de personnes, néanmoins, seuls ceux qui sont de bonne foi, pourront prétendre au bénéfice de l'obligation de mise en garde. Or, si on se place sur le terrain du droit de la consommation, peu importe que l'emprunteur-consommateur soit de bonne foi ou non, peu importe également qu'il agisse en toute loyauté vis-à-vis de son cocontractant³⁶³ ; à partir du moment où il relève de la définition du consommateur-emprunteur, qui elle-même ne vise pas la bonne foi, il pourra prétendre au bénéfice des dispositions légales. Le cas d'un emprunteur qui fait des déclarations mensongères sur ses capacités financières auprès d'un professionnel du crédit, en vue de l'obtention d'un prêt, peut être donné en exemple. Le dispensateur de crédit accorde le prêt mais omet de joindre, à l'offre de ce dernier, un formulaire détachable de rétractation tel que l'article L. 311-12 du Code de la consommation l'impose. Quelques temps plus tard, l'emprunteur n'arrive plus à faire face aux échéances du prêt et va chercher à se délier, ou tout du moins à amoindrir le poids de son engagement. Selon les mécanismes du droit de la consommation, cet emprunteur manifestement de mauvaise foi, pourra agir, sur le fondement de l'article L. 311-48 du Code de la consommation³⁶⁴, contre son créancier, certes négligent mais pas de mauvaise foi, et ainsi faire échec à la perception par ce dernier, des intérêts nés de l'octroi du prêt. Le droit de la consommation ne s'attache qu'à la bonne foi procédurale, c'est-à-dire celle qui intervient au moment où l'emprunteur formule une demande auprès d'une commission de surendettement³⁶⁵.

³⁶² V. *infra* n° 309 et s.

³⁶³ Tout du moins pour ce qui a trait aux règles de formation du contrat car, à l'inverse, seuls les débiteurs de bonne foi peuvent prétendre au bénéfice d'une procédure de traitement des situations de surendettement.

³⁶⁴ Dans sa rédaction issue de la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, l'article L. 311-48 du Code de la consommation prévoit la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur qui n'a respecté les dispositions de l'article L. 311-12 du Code de la consommation.

³⁶⁵ Voir *infra* n° 349.

146. Cette meilleure répartition des obligations pesant sur l'emprunteur et le prêteur dans les mesures mises en place par les juridictions, se mesure tant au regard de l'obligation de mise en garde (A), qu'au regard des notions de cause et de violence économique (B).

A. PAR LE BIAIS DE L'OBLIGATION DE MISE EN GARDE

147. Cette exigence est posée dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 30 octobre 2007³⁶⁶, dans lequel elle vient refuser le bénéfice de l'obligation de mise en garde à un emprunteur de mauvaise foi. Ainsi, dans des termes qui ne laissent pas de place à l'équivoque la Cour affirme que : « l'emprunteur, eu égard à sa déloyauté que la banque ne pouvait normalement déceler, n'était pas fondé à imputer, de ce chef, à la banque, un manquement au devoir de mise en garde auquel est tenu le professionnel du crédit à l'égard de son client non averti ». Cette jurisprudence constante³⁶⁷, qui a été étendue au contrat de cautionnement³⁶⁸, constitue un véritable garde-fou à l'engagement systématique de la responsabilité du dispensateur de crédit et s'avère être salutaire. En effet, la non prise en considération de la bonne foi contractuelle de l'emprunteur aurait, d'une part, créé un déséquilibre dans les obligations à la charge de chacune des parties au contrat de prêt, et, d'autre part, elle aurait fait naître un sentiment d'iniquité et d'impunité, déplorable à toute relation contractuelle. Il apparaît fort logique qu'en mettant à la charge du dispensateur de crédit une obligation de mise en garde, au titre d'une exigence de loyauté contractuelle, que la Cour de cassation vienne également s'attacher à la bonne foi de l'emprunteur. En effet, considéré comme un contrat synallagmatique faisant naître une réciprocité, il est tout à

³⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *Bull. civ.* I, n° 330 ; *D.* 2007. AJ. 2871, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2008. 256, note E. BAZIN ; *JCP* 2008. II. 10055, note A. GOURIO ; *JCP E* 2007. 2576, note D. LEGEAIS ; *RDI* 2008. 35, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; *Dr. et patr.* mars 2008, p. 81, obs. J.-P. MATTOUT et A. PRÜM ; *RTD com.* 2008. 163, obs. D. LEGEAIS. Conf. Cass. com., 23 septembre 2014, n° 13-20.874, *D.* 2014. act. 8, X. DELPECH.

³⁶⁷ Voir : Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009, *Bull. civ.* I, n° 139 ; *D.* 2010. 2671, obs. Ph. DELEBECQUE.

³⁶⁸ Cass. com. 14 décembre 2010 : *Bull. civ.* IV, n° 198 ; *D.* 2011. Actu. 156, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RLDC* 2011/79, n° 4129, obs. J.-J. ANSAULT.

fait légitime que la loyauté exigée pour la conclusion de ce contrat soit également réciproque. Il s'agit, à notre sens, de l'un des éléments faisant la force et l'attrait de cette notion d'obligation de mise en garde car, tout en reconnaissant la faiblesse d'une des parties au contrat, elle œuvre dans une responsabilisation commune des parties au contrat.

148. Par ailleurs, la limitation de la protection offerte par l'obligation de mise en garde aux emprunteurs ou aux cautions non averti(e)s, peut également s'analyser comme une manifestation de la loyauté contractuelle. En effet, cette prise en compte des personnalités des parties au contrat, que ce soit de cautionnement ou de crédit, est à notre sens fondamentale en termes de loyauté. Comment prétendre faire œuvre de loyauté lorsque les dispositions légales permettent à l'une des parties au contrat de faire annuler celui-ci, alors même que celle-ci ne se trouve pas en position de faiblesse par rapport à l'autre ? Il suffit pour cela de se reporter aux dispositions légales encadrant le contrat de cautionnement qui sont applicables à toutes personnes physiques. Ainsi, un dirigeant, impliqué dans la vie de son entreprise et habitué aux rouages bancaires, pourra se délier de son engagement à cautionner la dette de sa société, si dans l'acte de cautionnement la mention manuscrite de l'article L. 341-2 du Code de la consommation n'a pas été respectée. L'absence de vulnérabilité dans la détermination des personnes à qui on offre une protection nous semble extrêmement préjudiciable. En effet, il nous apparaît même que le droit de la consommation se présenterait comme moins dérogatoire au droit commun des obligations s'il s'articulait autour de la vulnérabilité des personnes auxquelles il offre une protection.

B. PAR L'ABSENCE DE CAUSE DE L'OBLIGATION ET PAR LA QUALIFICATION DE VICE DE VIOLENCE ÉCONOMIQUE

149. Moins évidente que pour l'obligation de mise en garde, cette exigence de loyauté et de bonne foi transparaît néanmoins de la jurisprudence relative à la

cause de l'engagement de l'emprunteur. En effet, que ce soit tant à l'égard du prêteur que de l'emprunteur, la Cour de cassation exige une forme de bonne foi dans l'accueil de la demande tendant à la nullité du contrat de prêt pour absence de cause. Ainsi, si l'on reprend les arrêts rendus respectivement par la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation³⁶⁹, on observe que celles-ci viennent préserver, tel que le Professeur Jacques Ghestin³⁷⁰ l'expose, le « premier degré d'intensité » de la bonne foi. En effet, celui-ci propose de différencier des degrés différents dans la notion de bonne foi et considère que le premier d'entre eux « généralement admis sans difficulté, au moins par le juriste : c'est la foi dans les engagements pris, qui est l'un des fondements de la force obligatoire du contrat »³⁷¹. Or, ce premier degré peut s'apprécier positivement comme étant l'obligation de respecter les engagements contractuellement déterminés ; mais il peut également s'apprécier négativement comme étant l'obligation de ne pas rajouter, après la conclusion du contrat, des éléments qui n'étaient pas convenus au moment de sa formation. Dès lors, tout en reconnaissant une certaine subjectivisation dans l'appréciation de la cause de l'engagement de l'emprunteur, la Cour de cassation vient préserver la bonne foi contractuelle et, partant, la force obligatoire du contrat. Effectivement, dans les arrêts cités, aucune destination des deniers débloqués suite à l'octroi du prêt n'avait été déterminée par les parties au contrat, tout du moins au moment de sa formation. Dès lors, elle vient rejeter les demandes en nullité des emprunteurs qui tendent à faire annuler le contrat de prêt sur le fondement de la cause ; demandes empreintes d'une certaine forme de mauvaise foi puisque cherchant à rajouter au prêteur des obligations qui n'étaient pas contractuellement prévues.

150. Le même raisonnement peut être retenu à l'égard de la jurisprudence relative au vice de violence économique. En effet, lorsque la Cour exige l'exploitation abusive d'un état de faiblesse pour constituer le vice de violence

³⁶⁹ Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 et Cass. com, 7 avril 2009 : *préc.*

³⁷⁰ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *préc.*

³⁷¹ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *préc.*, n° 918.

économique, elle vise le comportement du cocontractant au moment de la conclusion du contrat. Ce dernier a-t-il eu, malgré sa supériorité hiérarchique ou économique, une attitude loyale ou déloyale, vis-à-vis de son contractant, au moment de la conclusion du contrat ? Telle est, en définitive, la question soulevée dans le cadre d'une demande tendant à la nullité du contrat pour vice de violence économique.

151. Indissociables de cette notion de bonne foi et de force obligatoire du contrat, les dispositions jurisprudentielles tendant à la prévention du surendettement des particuliers sont le résultat d'un compromis satisfaisant entre les obligations respectives des parties au contrat de prêt. Ce résultat est à notre sens atteint grâce au fait que le droit commun sur lequel repose ces jurisprudences, plutôt que de s'attacher à la protection systématique d'une catégorie de personnes, s'attache à tous les éléments du contrat : la qualité et l'attitude des parties, la cause et l'objet du contrat, mais encore, et surtout, à la nécessité d'une stabilité contractuelle. Enfin, si l'un des inconvénients des règles d'origine jurisprudentielle peut être leur relative instabilité, elles ont indéniablement l'avantage de la souplesse qui peut venir amoindrir les effets préjudiciables d'un formalisme gênant par sa rigidité.

§ 2. LA JURISPRUDENCE, REMÈDE À LA RIGIDITÉ DU FORMALISME

152. L'une des conséquences fâcheuses du formalisme se trouve dans la rigidité du mécanisme qu'il met en place en ce que tout est strictement défini. Les règles se trouvent, en quelque sorte, figées, devant anticiper toutes les situations litigieuses qui se présenteraient. De plus, ces règles doivent impérativement être respectées quand bien même elles ne s'adaptent pas pleinement à la situation en cause. De la sorte, par sa rédaction abstraite et la

souplesse de son application, le droit commun des contrats vient largement remédier aux effets néfastes du formalisme du droit de la consommation.

153. Les solutions jurisprudentielles en matière de formation du contrat de cautionnement (A) et de formation du contrat de crédit à la consommation (B) en sont de parfaites illustrations.

A. L'ATTÉNUATION JURISPRUDENTIELLE AU FORMALISME DE LA FORMATION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

154. Depuis la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003³⁷², tout contrat de cautionnement conclu entre une personne physique et un créancier professionnel, doit répondre aux exigences des articles L. 341-1 et suivants du Code de la consommation. Ainsi, sous peine d'entraîner la nullité du contrat de cautionnement, tout créancier professionnel qui se fait garantir une créance par le cautionnement d'une personne physique, devra répondre aux règles de formation et d'exécution du contrat de cautionnement imposées par le Code de la consommation. Ces règles, qui ont eu pour conséquence de remettre en place un formalisme finalement abandonné par la jurisprudence³⁷³, peuvent s'appliquer différemment selon qu'on en adopte une interprétation littérale ou plus souple. En effet, le risque d'un formalisme lourd, notamment dans le cadre du contrat de cautionnement, est de vider de toute sa substance ce type de contrat qui constitue une garantie. Ainsi, pour qu'une telle garantie soit pleinement efficace, il apparaît nécessaire que ce type de contrat soit fiable pour le créancier sous peine d'entraîner une désaffection pour ce type de garantie. Or, les mentions manuscrites ayant soulevé un lourd contentieux (1) il est revenu aux juridictions la tâche d'assouplir le régime législatif mis en place afin de lui redonner du bon sens (2).

³⁷² Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : *préc.*

³⁷³ V. *supra* n° 90.

1. Les tribulations du formalisme dans l'acte de cautionnement

155. Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 22 janvier 2010³⁷⁴ avait d'ailleurs soulevé les dangers d'une application trop littérale des dispositions législatives. Dans cette espèce, les mentions manuscrites des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, avaient été recopiées à l'identique dans l'acte de cautionnement par le garant. Néanmoins, au lieu de séparer les mentions respectives par un point la caution avait apposé une virgule entre celles-ci, les transformant en une seule et même phrase. Les juges du fond, ayant certainement à dessein d'alerter les juges de la Cour de cassation sur ce point, ont frappé de nullité le contrat de cautionnement aux motifs que : « la juxtaposition des mentions prescrites par la loi, qui doivent être apposées successivement par la caution et non pas mélangées en une phrase incertaine lui rendant plus difficile de mesurer la portée de chacun de ses deux engagements, n'est pas conforme aux prescriptions d'ordre public des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation ». Ainsi, un contrat de cautionnement se trouvait frappé de nullité au motif que les mentions manuscrites imposées par le législateur n'avaient pas été séparées par un point mais par une virgule. Cet arrêt, qui a reçu de vives critiques de la part de la doctrine, a permis à la Cour de cassation d'asseoir une jurisprudence nuancée permettant de préserver la fiabilité du cautionnement comme garantie efficace. En effet, alors que son rôle est justement d'intervenir dans une relation contractuelle en crise, il aurait été préjudiciable de maintenir une telle jurisprudence. Il est quand même difficile de raisonnablement croire que le remplacement d'un point par une virgule, quand bien même ces deux marques de ponctuation n'ont pas grammaticalement le même sens, modifie la compréhension par la caution de la portée de son engagement, au point d'en emporter la nullité ! Afin d'éviter que le contrat de cautionnement ne pâtit de ce formalisme³⁷⁵ ouvrant la voie à des solutions

³⁷⁴ CA de Rennes, 22 janvier 2010, n° 08/08806 : JCP E 2010. 1189, note P. BOUTEILLER.

³⁷⁵ Un parallèle peut nettement s'opérer avec la jurisprudence qui avait prévalu jusqu'en 1995 sur le fondement de l'article 1326 Code civil. Voir *supra*, n° 90.

absurdes et que les règles ainsi mises en place servent, non pas à protéger le consentement, mais à ce que des cautions parfaitement conscientes de la portée de leur engagement, s'en servent pour échapper à l'exécution de celui-ci, la Cour de cassation est venue adopter une jurisprudence nuancée.

2. Le bon sens jurisprudentiel retrouvé

156. Alors que l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes avait reçu de vives critiques de la part la doctrine, la Cour de cassation, saisie du pourvoi du créancier tendant à la cassation de la décision des juges du fond, s'est prononcée sur ce point dans un arrêt du 5 avril 2011³⁷⁶. Cette jurisprudence de la chambre commerciale est d'importance puisqu'elle est, en réalité, constituée de deux décisions, permettant de clairement percevoir le raisonnement adopté par les juges de la Cour de cassation. Ainsi, saisie d'un pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes, la chambre commerciale censure la décision rendue par les juges du fond aux motifs que : « L'apposition d'une virgule entre la formule caractérisant l'engagement de la caution et celle relative à la solidarité n'affecte pas la portée des mentions manuscrites conformes à la disposition légale ». Statuant le même jour sur un autre pourvoi tendant à la nullité d'un contrat de cautionnement solidaire au motif d'une méconnaissance des dispositions légales, la chambre commerciale de la Cour de cassation va accueillir la demande. Contrairement à l'espèce relative à la « virgule », celle-ci était relative à une modification substantielle des mentions manuscrites édictées par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation. La caution avait, pour l'article L. 341-2 du Code de la consommation, recopié une formulation « semblable » à celle édictée par le texte, et relativement à l'article L. 341-3 du Code de la consommation, n'avait pas précisé les noms des cofidélus à la même dette. Dans pareil cas, la Cour estime que : « la nullité

³⁷⁶ Cass. com., 5 avril 2011 (2 arrêts) : *RLDC* 2011/83, n° 4271, note ANSAULT ; *Defrénois* 2012. 235, obs. S. CABRILLAC ; *RDC* 2011. 906, note D. HOUTCIEFF ; *RD bancaire et fin.* 2011. 89, note D. LEGEAIS.

d'un engagement de caution souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel est encourue du seul fait que la mention manuscrite portée sur l'engagement de caution n'est pas identique aux mentions prescrites par les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, à l'exception de l'hypothèse dans laquelle ce défaut d'identité résulterait d'erreur matérielle ». Outre la constatation que cette jurisprudence rétablit simplement « du bon sens », dans les règles régissant le contrat de cautionnement, plusieurs enseignements peuvent en être tirés.

157. D'une part, tout en refusant de procéder à une application littérale du texte de loi, la Cour de cassation est fidèle à l'esprit du législateur. En effet, la mise en place de ces dispositions législatives avait pour but de faire prendre conscience à la personne physique qui s'engageait dans un cautionnement de la portée de son engagement. Il avait souvent été souligné que les cautions, habituellement des proches du débiteur principal, s'engageaient sans avoir réellement conscience des conséquences de leur acte. Or, à notre sens, la Cour de cassation œuvre justement à ce dessein dans les arrêts étudiés puisque, nous dit-elle, la nullité frappe de plein droit un acte de cautionnement qui méconnaît les mentions manuscrites, à moins que ce manquement résulte d'une erreur purement matérielle. Autrement dit, et selon la jurisprudence de la Cour de cassation, à partir du moment où le manquement aux mentions manuscrites n'affecte pas la compréhension de la portée de son engagement par la caution, respectant ainsi l'état d'esprit du législateur de 2003, l'acte de cautionnement reste valable. En revanche, à partir du moment où le manquement vient affecter de façon substantielle les mentions, alors la nullité doit être prononcée de plein droit puisque justement la volonté du législateur n'est alors plus assurée. Par ailleurs, la Cour de cassation fait encore une fois preuve d'une certaine équité dans sa jurisprudence. En effet, la position jurisprudentielle adoptée permet de protéger la partie faible au contrat, tout en évitant que ces règles protectrices ne soient utilisées à d'autres fins. Nous visons ici la caution personne physique qui est tout à fait consciente de la portée de son engagement mais qui simplement

par mauvaise foi cherche à s'y soustraire une fois qu'elle est actionnée par le créancier. Maintes fois réaffirmée, cette interprétation nuancée des dispositions législatives s'est étendue à d'autres éléments nécessaires à la formation du contrat de cautionnement, tels que l'emplacement de la signature de l'acte par la caution³⁷⁷, mais encore l'ajout d'éléments venant préciser la désignation du débiteur³⁷⁸...

B. L'ATTÉNUATION JURISPRUDENTIELLE AU FORMALISME DE LA FORMATION DU CONTRAT DE CRÉDIT À LA CONSOMMATION

158. L'obligation faite au prêteur d'annexer à l'offre de crédit un bordereau de rétractation a été source d'un lourd contentieux. En effet, l'article L. 311-12 du Code de la consommation, impose au prêteur de joindre à l'offre de crédit, un bordereau de rétractation, en vue de permettre à l'emprunteur d'exercer ce droit plus facilement. Loin d'être libre, la forme que doit revêtir ce bordereau est fixée à l'article R. 311-4 du Code de la consommation, qui impose, sur le recto, une formulation à reproduire et, sur le verso, que le nom et l'adresse du prêteur y figurent, à l'exclusion de tout autre mention. Ainsi, le contentieux soulevé était tantôt lié à la remise ou non d'un tel bordereau à l'emprunteur par le prêteur, ou alors, il avait trait à la régularité du bordereau contenu dans l'offre de crédit.

159. Alors même que l'affirmation apparaît élémentaire, il convient de souligner que, si la preuve de la remise du bordereau de rétractation n'est pas rapportée, celle de la régularité du bordereau de rétractation devient superfétatoire. En effet, on ne saurait discuter du contenu d'un formulaire si la preuve de la remise du formulaire n'est pas rapportée en amont. Néanmoins, si

³⁷⁷ Cass. com., 22 janvier 2013 : *Contrats, conc., consom.* 2013, comm. 89, note G. RAYMOND.

³⁷⁸ Cass. com., 16 octobre 2012 : *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 15, obs. A. CERLES ; *JCP G* 2012. 1405, note A. DUMERY ; *JCP G* 2012. 1291, obs. Ph. SIMLER.

la preuve de la remise du bordereau a soulevé des difficultés, celle de la régularité de son contenu n'a pas rencontré autant d'obstacles³⁷⁹.

160. Relativement à la preuve de la remise du bordereau de rétractation, s'est rapidement posée la question de savoir si la mention écrite par l'emprunteur, dans l'offre préalable, de reconnaissance de la remise du bordereau de rétractation, laissait présumer la remise effective d'un tel bordereau. En effet, toujours dans le souci de se préconstituer des preuves, les professionnels ont eu recours à la technique de la clause par laquelle l'emprunteur reconnaissait avoir été mis en possession du bordereau. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait adoptée une position jurisprudentielle largement en faveur des emprunteurs. La première chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 22 septembre 2011 a considéré qu'une telle mention ne suffisait pas « à démontrer que l'offre était effectivement assortie de ce formulaire »³⁸⁰. Cette jurisprudence qui a divisé la doctrine³⁸¹, était critiquable car elle laissait à penser que l'emprunteur pouvait, en toute impunité, signer des documents dans lesquels il attestait de la véracité de certains éléments, pour les dénoncer plus tard. Cela nous apparaît comme étant à son désavantage, en ce sens qu'une telle position jurisprudentielle nourrit les arguments de ceux qui

³⁷⁹ La question de la régularité du bordereau de rétractation s'est posée relativement à l'alinéa 2 de l'article R. 311-4 du Code de la consommation. En effet, se posait la question de savoir si la mention, au verso du bordereau, du nom et de l'adresse du prêteur, était une obligation ou une faculté. Dans son arrêt du 17 juillet 2001, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que : « L'article R. 311-7 qui interdit, au verso du bordereau, toute autre mention que le nom et l'adresse du prêteur, n'impose pas pour autant que ces mentions doivent y figurer » : *D.* 2001. Actu. 2676, obs. C. RONDEY ; *ibid.* 2002. 71, note D. MAZEAUD ; *LPA* 16 janv. 2002, note V. LASBORDES. Là encore, nous ne pouvons que saluer cette position jurisprudentielle qui évite les écueils du formalisme consumériste. En effet, il aurait été peu satisfaisant de voir un emprunteur réussir à faire échec au droit du prêteur à la perception des intérêts, au motif que ce dernier a omis d'y inscrire son nom et son adresse. Nous préférons considérer, que dans une telle démarche, l'emprunteur-consommateur a connaissance du nom du prêteur et de l'adresse à laquelle il peut le contacter.

³⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2011 : *D.* 2011. 2716, note V. WITTMANN ; *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 268, obs. G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2011. 3365, note G. POISSONNIER ; *ibid.* 3550, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RJDA* 2012, n° 330 ; *RD banc. fin.* 2011, n° 194, obs. N. MATHEY.

³⁸¹ V. pour un accueil favorable à cette jurisprudence : G. POISSONNIER, « *Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes* », *D.* 2012. 2567. Pour une analyse contraire : D. LEGAIS, « *Crédit à la consommation. Preuve de la remise du bordereau de rétractation* », *RTD com.* 2012. 832.

considèrent, que les dispositions du droit de la consommation, tout du moins dans le domaine du crédit à la consommation, viennent protéger les consommateurs de mauvaise foi. Il est bien évident, comme le souligne le Professeur Dominique Legeais, que, plus les raisons à l'origine de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur trouvent leurs sources dans des manquements à une ou plusieurs règle(s) de forme mineure, plus on en vient à considérer que le droit de la consommation vient assurer une protection aux emprunteurs de mauvaise foi³⁸². Amorçant un revirement en 2012³⁸³, la première chambre civile de la Cour de cassation a, dans un attendu de principe dénué de toute ambiguïté, considéré que : « La reconnaissance écrite, par l'emprunteur, dans le corps de l'offre préalable, de la remise d'un bordereau de rétractation joint à cette offre laisse présumer la remise effective de celui-ci »³⁸⁴. Ainsi, par la signature d'une telle clause, il appartient à l'emprunteur de rapporter la preuve de l'absence d'une telle remise ou encore de l'irrégularité du bordereau³⁸⁵.

161. Cette position jurisprudentielle permet, à l'instar de la jurisprudence adoptée au regard du formalisme du contrat de cautionnement, de tempérer les conséquences néfastes de l'excès de formalisme introduit par le droit de la consommation. En effet, la protection de l'emprunteur-consommateur ne doit pas avoir pour effet de dénier toute valeur probante à un acte écrit qu'il a lui-même signé, de surcroît lorsqu'il s'agit d'une mesure qui a peu d'influence sur la détermination du consentement de ce dernier. En effet, si on peut considérer que l'erreur sur le TAEG mentionné dans l'offre préalable pourrait influencer le consentement de la personne qui s'engage, il n'en va pas de même pour le bordereau de rétractation. Enfin, quant à la régularité du bordereau de

³⁸² D. LEGEAIS, *préc.*

³⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : *Bull. civ.* I, n° 169 ; *D.* 2012. Actu. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2012. 832, obs. D. LEGEAIS ; *JCP E* 2012. 1606, note E. BAZIN ; *Contrats, conc., consom.* 2012, n° 288, obs. G. RAYMOND ; *LPA* 5 nov. 2012, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RJDA* 2012, n° 993 ; *Gaz. Pal.* 2012. 2797, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RD bancaire et fin.* 2012, n° 145, obs. N. MATHEY.

³⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 2013 : *D.* 2013. Actu. 236, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP G* 2013. 106, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE.

³⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 2013 : *préc.*

rétractation, la Cour adopte une position jurisprudentielle littérale des dispositions législatives.

CHAPITRE II.

LA CONFRONTATION DÉLICATE DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS ET DU DROIT DE LA CONSOMMATION

162. Puisque les mesures de prévention du surendettement trouvent à la fois leur source dans le droit de la consommation, mais également dans le droit commun des contrats, il convient de les rapprocher afin de déterminer l'harmonisation qui peut en résulter. Cette confrontation est nécessaire dans le sens où les mesures préventives issues de l'œuvre prétorienne et celles qui sont d'origine légale recouvrent à peu près les mêmes champs d'application. En effet, édictant toutes les deux des mesures de prévention intervenant dans le cadre du contrat de crédit et du contrat de cautionnement, il est important de mettre en évidence leur harmonisation ou leur incohérence, afin de mesurer les avantages et les inconvénients de cette coexistence.

163. De premier abord, cette confrontation semble délicate dans la mesure où le droit de la consommation et le droit commun des contrats ne poursuivent pas le même objectif. En effet, articulées selon la vulnérabilité de l'emprunteur ou de la caution, les mesures préventives d'origine prétorienne ont pour objectif d'offrir une protection à une personne en état de faiblesse par rapport à une autre qui est en position de force. Alors que cet objectif semble être celui du droit de la consommation, la confrontation des sources de prévention du surendettement permettra de mettre en lumière que tel n'est pas nécessairement le cas. En effet, s'appliquant selon la nature de l'acte mais également selon la qualité des parties au contrat, les mesures légales de prévention ne s'articulent pas autour de la notion de vulnérabilité de la caution ou de l'emprunteur. Plus exactement, dans le cadre du contrat de crédit, le droit de la consommation articule le régime des mesures de prévention mises en place selon la destination et le montant des fonds empruntés. S'agissant du contrat de cautionnement, les règles d'origine légale s'appliquent également sans aucune considération de la vulnérabilité de la personne qui se porte caution, mais par sa seule qualité de personne physique qui s'engage, par acte sous seing privé, envers un créancier professionnel.

164. Il résulte de tout cela que les mesures de prévention n'ont pas le même objet, les unes cherchant à réparer le préjudice causé à la personne vulnérable, tandis que les autres s'attachent à sanctionner le manquement au formalisme des actes de crédit et de cautionnement. Ainsi, ces objectifs différents appellent à la mise en place de régimes spécifiques qui, confrontés l'un à l'autre, offrent des solutions étonnantes dans une perspective préventive (Section 1). Par ailleurs, subissant réciproquement l'influence de l'un sur l'autre, l'articulation du régime légal avec le régime prétorien se révèle de plus en plus délicate (Section 2).

SECTION I.

DES OBJECTIFS DIFFÉRENTS APPELANT DES MÉCANISMES SPÉCIFIQUES

165. Nous considérons qu'une prévention qui se veut efficace doit nécessairement s'accompagner de sanctions relativement lourdes en cas d'inexécution des mesures préventives. Comme évoqué, le législateur, dans le dessein du respect du formalisme mis en place des sanctions spécifiques, telle que la sanction de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur dans le cadre du contrat de crédit. Si cette sanction est, aujourd'hui, considérée comme « la sanction phare en vue d'assurer le respect du dispositif légal relatif au crédit à la consommation par les professionnels »³⁸⁶, nous considérons qu'elle ne s'inscrit pas dans une perspective de prévention du surendettement des particuliers. En effet, alors que la majorité de la doctrine vient saluer cette mesure comme étant plus adaptée que celle édictée par le droit commun, nous considérons qu'elle s'inscrit dans une perspective de régulation du marché du crédit à la consommation et non pas dans une perspective de prévention du surendettement des particuliers. Il en va d'ailleurs de même, concernant les sanctions retenues, dans le cadre du contrat de cautionnement, en ce sens qu'elles viennent, en pratique, par leur rigidité desservir les intérêts de la caution. Il semble, en effet, que la sanction mise en place dans le cadre du manquement à l'obligation de mise en garde offre une solution plus satisfaisante en terme de prévention (§2). En effet, trouvant leur fondement dans le seul manquement aux règles formalistes, les sanctions mises en place par le droit de

³⁸⁶ G. POISSONNIER, « *Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation* », Contrats, conc., consom. 2013, n°7, étude 10.

la consommation ne sont pas nécessairement en faveur de l'emprunteur et de la caution (§1).

§ 1. LES MANQUEMENTS AUX RÈGLES FORMALISTES, FONDEMENT DES SANCTIONS DU DROIT DE LA CONSOMMATION

166. Différentes dans leurs effets, les sanctions édictées par le droit de la consommation et le droit commun des contrats se différencient également quant aux manquements qui en sont à l'origine. En effet, selon le droit de la consommation, peu importe que l'emprunteur ou la caution aient subi un préjudice, c'est le seul manquement aux règles de formation du contrat de crédit qui va entraîner l'application de la sanction (A). Or, si cette conception se révèle complètement inadéquate dans la prévention du surendettement de l'emprunteur (B), elle semble pouvoir, en revanche, être relativisée concernant la caution (C).

A. LES FONDEMENTS RESPECTIFS DES SANCTIONS ÉDICTÉES PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION ET PAR LE DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

167. Selon l'alinéa 1 de l'article L. 311-48 du Code de la consommation, la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur est de plein droit lorsque ce dernier accorde un crédit en méconnaissance de ses obligations précontractuelles d'information ; ou encore, en méconnaissance des règles formelles de formation du contrat de crédit. En revanche, l'alinéa 2 du même article dispose que : « Lorsque le prêteur n'a pas respecté les obligations fixées aux articles L. 311-8 et L. 311-9, il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge »³⁸⁷. Les articles L. 311-8 et L. 311-9 du Code de la consommation sont respectivement relatifs à l'obligation d'explication mais également à l'obligation de vérification de la solvabilité de l'emprunteur. Autrement dit, la sanction prévue par le Code de la consommation est de plein droit pour tout manquement aux règles de formation du contrat, en

³⁸⁷ Dans sa rédaction issue de la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 : *préc.*

revanche, elle ne l'est pas et peut être modulée, si le manquement est relatif à l'obligation d'explication ou à l'obligation de vérification de la solvabilité de l'emprunteur.

168. En revanche, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, le manquement du prêteur à son obligation de mise en garde constitue une faute au sens de l'article 1147 du Code civil, entraînant, pour l'emprunteur, le préjudice de la perte de chance de ne pas contracter³⁸⁸. La réparation du préjudice consistant en la perte de chance de ne pas contracter, entraîne le versement de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. Concrètement, les dommages et intérêts sont versés à proportion du montant excessif du crédit octroyé relativement aux capacités financières de l'emprunteur. Si les dommages et intérêts ne peuvent correspondre au montant total de la dette³⁸⁹, capital et intérêts, ils peuvent, selon les circonstances, représenter 90% de la créance de la banque³⁹⁰.

B. L'INADÉQUATION DE CETTE CONCEPTION AVEC LA PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT L'EMPRUNTEUR

169. Ces modalités d'application de la sanction réservée aux manquements des obligations légales dans le cadre du contrat de crédit s'avèrent inappropriées quant à la prévention du surendettement de l'emprunteur (1). En effet, sans être modulée selon la vulnérabilité de celui-ci, les différents degrés de l'application de la sanction qui sont mis en place par le législateur, peuvent s'avérer surprenant dans une perspective préventive du surendettement (2).

³⁸⁸ Cass. com., 20 octobre 2009 : *Bull.civ.* IV, n° 127 ; *RDC* 2010/2, p. 160, obs. J.-S. BORGHETTI ; *JCP G* 2009. 422, note L. DUMOULIN ; *ibid.* 482, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP E* 2009. 2053, note D. LEGEAIS ; *JCP G* 2010. 456, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2009. 2607, obs. X. DELPECH ; *ibid.* 2971, note D. HOUTCIEFF ; *LPA* 19 février 2010, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Banque et droit* 128/2009. 62, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RLDC* 2009/66, n° 3647, obs. J.-J. ANSAULT.

³⁸⁹ Cass. com., 20 octobre 2009 : op. cit.

³⁹⁰ CA Aix-en-Provence, 29 janvier 2009, RG n° 2009/57 : *Jurisdata* n° 2009-011784.

1. L'absence de prise en compte du préjudice subi par l'emprunteur dans la déchéance du droit aux intérêts du prêteur

170. La différence entre le régime jurisprudentiel et le régime légal, réside, tant dans le préjudice réparable, que dans la faute à l'origine de la sanction. Autrement dit, lorsque l'on se penche sur le régime légal, nous nous apercevons rapidement que ce n'est pas le préjudice subi par l'emprunteur qui module la sanction, mais le manquement au formalisme introduit par le législateur. Ainsi, quand bien même l'emprunteur n'aurait pas subi de préjudice du fait de ce manquement, ou pire, s'il a subi un préjudice supérieur au montant des intérêts, la sanction sera toujours la même. *A contrario*, l'analyse du régime jurisprudentiel permet d'affirmer que c'est le préjudice subi par l'emprunteur qui vient moduler le montant de l'indemnisation, et non pas la faute du prêteur. Or, dans une perspective préventive, nous ne pouvons que saluer la démarche de la Cour de cassation car le dommage subi par l'emprunteur sera mieux réparé dans le cadre du régime jurisprudentiel que dans le cadre du régime légal. En effet, la sanction mise en place par le droit de la consommation, ne vient pas prendre en compte l'état patrimonial de l'emprunteur et ne sanctionne que le comportement du prêteur, il n'est absolument pas question du préjudice subi par l'emprunteur. Il ne s'agit pas ici de condamner le droit de la consommation mais de mettre en évidence l'idée que ce droit, tout du moins dans le domaine bancaire, se préoccupe plus du manquement aux obligations légales du prêteur que de la réparation du véritable préjudice subi par l'emprunteur.

2. Les conséquences dommageables de cette conception à l'égard de l'emprunteur

171. La gradation des différents manquements aux obligations légales faite par le législateur au sein de l'article L. 311-8 du Code de la consommation est surprenante au regard de la prévention du surendettement des particuliers.

En effet, il est communément admis en doctrine³⁹¹ que si le formalisme introduit par le législateur joue un rôle dans la prévention du surendettement des particuliers, l'effet de ce dernier est très relatif. En effet, nous rejoignons, sinon la totalité, au moins la majorité de la doctrine qui considère que ces mesures encadrant le crédit à la consommation n'ont pas l'effet dissuasif souhaité et que, plus le législateur vient les multiplier, moins elles ont d'effet sur l'emprunteur-consommateur. De plus, il est évident que la prévention du surendettement, sans pour autant qu'elle soit exclusivement orientée en ce sens, porte sur l'encadrement du contrat de crédit. Dans cette perspective, il apparaît fondamental de vérifier les capacités financières de la personne qui s'engage dans une telle opération mais également d'interpeler l'emprunteur sur les conséquences de l'acte qu'il conclut. Ces deux éléments composent ni plus ni moins, les deux volets de l'obligation de mise en garde qui sont ensemble repris par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, via les devoirs d'explication et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur. Comment alors expliquer qu'une loi, dont l'objectif est de mettre en place « le crédit responsable »³⁹² et de renforcer la prévention du surendettement des particuliers, puisse venir amoindrir les sanctions du manquement à ces deux éléments fondamentaux dans la lutte contre ce phénomène ? En effet, la sanction prononcée à l'égard du prêteur qui manque à son obligation d'explication et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur semble moins importante, tout du moins aux yeux du législateur, que le manquement à l'obligation de fournir un formulaire de rétractation³⁹³ dans l'offre de contrat de crédit. Au-delà du fait que ces

³⁹¹ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010 ; J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, Lextenso éditions, Montchrestien, coll. LMD, 2009 ; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^e éd., 2010 ; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2008 ; G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2011.

³⁹² Issu de la directive européenne du 23 avril 2008, relative à l'harmonisation du crédit aux consommateurs (*préc.*), ce terme a ensuite été repris à la fois par le législateur à l'occasion de l'adoption de loi de ratification de ladite directive (loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010) mais également par les établissements de crédit qui s'en servent en vue de promouvoir leurs offres. Pour une étude critique de ce slogan, voir : D. LEGEAIS, « « Le crédit responsable » : les dangers d'un slogan », in *Mélanges Tricot, Dalloz/Litec*, 2011, p. 39.

³⁹³ Article L. 311-12 du Code de la consommation.

dispositions relatives aux sanctions encourues introduisent l'idée que ces obligations sont moins importantes, nous considérons qu'elles ne s'inscrivent pas dans une perspective de prévention du surendettement des particuliers. Cette position législative est fortement déplorable et une intervention sur ce point est plus que souhaitable. En effet, il apparaît, aujourd'hui, nécessaire de repenser la prévention du surendettement indépendamment du formalisme encadrant le contrat de crédit à la consommation. Ainsi, focalisés par la standardisation du contrat de crédit à la consommation, nous constatons que la prévention du surendettement des particuliers est quelque peu évincée des préoccupations des législateurs français et européens. En effet, si le formalisme de la formation du contrat de crédit permet de prévenir, de façon toutefois relative, la vulnérabilité de l'emprunteur face au risque de surendettement quant au manque de connaissances que ce dernier peut avoir sur les opérations de crédit ; l'obligation de mise garde, consacrée par le devoir d'explication et l'obligation de vérifier la solvabilité de l'emprunteur, s'inscrivent dans la prévention de la vulnérabilité économique de l'emprunteur vulnérable face au risque de surendettement. Or, eu égard à la forme de surendettement qui est prédominante aujourd'hui, à savoir le surendettement passif, il apparaît essentiel que l'accent de la prévention du surendettement des particuliers porte sur ces points. Nous constatons alors que le droit de la consommation a pour but de sanctionner le défaut d'information et donc le manquement aux règles venant réguler le marché du crédit à la consommation, plutôt que de s'intéresser, à l'instar du droit commun des obligations, à la vulnérabilité économique de l'emprunteur face au risque de surendettement. Il est curieux de constater que c'est le droit commun des obligations dont les principes fondamentaux sont l'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat, qui œuvre davantage dans la prévention du surendettement des particuliers, que le droit de la consommation dont l'objectif premier est de venir en aide aux plus faibles.

C. L'ATTÉNUATION DES CONSÉQUENCES DE CETTE CONCEPTION À L'ÉGARD DES CAUTIONS

172. Les conséquences de l'absence de prise en compte du préjudice réellement subi par la caution, dans la détermination de la sanction consistant dans la déchéance du droit du créancier à se prévaloir de sa garantie, est à relativiser dans le cadre du contrat de cautionnement mais reste relativement préjudiciable à la caution. Prenant naissance pour manquement par le créancier à son obligation de proportionnalité entre le montant de la dette garantie et les capacités financières du garant, cette sanction décharge totalement la caution de son engagement puisque le créancier se trouve dans l'incapacité de se prévaloir dudit cautionnement. Cette exigence de proportionnalité, issue de la jurisprudence³⁹⁴, a été reprise par le législateur³⁹⁵ et codifiée à l'article L. 341-4 du Code de la consommation mais ce dernier a mis en place une sanction différente que celle qui était retenue dans le cadre du régime jurisprudentiel. En effet, alors que l'article L. 341-4 du Code de la consommation prévoit la déchéance du contrat de cautionnement, le manquement à l'obligation de proportionnalité s'analyse en une faute ouvrant droit à des dommages et intérêts au bénéfice de la caution pour manquement du créancier à son obligation de mise en garde. Il semblerait donc que la caution soit mieux protégée dans le cadre du régime légal puisqu'en cas de disproportion, celle-ci se trouve entièrement déchargée de son obligation³⁹⁶.

³⁹⁴ Cass. com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Nahoum* : *Bull. civ.* IV, n° 136 ; p. 451 ; *D.* 2003. 414, note C. KOERING ; *JCP G* 2003. II. 10017, note Y. PICOD ; *ibid.* I. 124, n° 6, obs. Ph. SIMLER ; Defrénois 2003. 456, note S. PIEDELIEVRE ; *ibid.* 411, obs. P. THERY ; Contrats, conc., consom. 2003, n° 20, note L. LEVENEUR ; *LPA* 8 juill. 2003, note D. ROMAN ; *ibid.* 18 juill. 2003, note C. BRENNER ; *Banque et Droit*, janv.-févr. 2003, p. 52, obs. F. JACOB ; *RTD civ.* 2003. 125, obs. B. CROCQ ; *RTD com.* 2003. 151, obs. D. LEGEAIS.

³⁹⁵ Loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003 : *préc.*

³⁹⁶ Dans le régime jurisprudentiel, les dommages et intérêts alloués à la caution pour disproportion entre le montant de la dette garantie et les capacités financières de celle-ci, s'analysent en une perte de chance de ne pas contracter. De la sorte, fondé sur l'article 1147 du Code civil, le montant des dommages et intérêts ainsi alloués, ne peut être égale au montant de la dette. La caution va, par le biais des dommages et intérêts, se retrouver déchargée de la seule partie de la dette qui est disproportionnée par rapport à ses capacités financières et se trouvera tenue pour le reste qu'elle peut assumer. Ainsi, contrairement au mécanisme mis en place par l'article L. 341-4 du Code de la consommation, il ne s'agit pas de décharger entièrement le garant et de faire perdre au créancier tout le bénéfice de sa garantie.

173. Néanmoins, cette analyse est à relativiser car, tel que le souligne le Professeur Dominique Legeais³⁹⁷, l'article L. 341-4 du Code de la consommation met en place « la règle du tout ou rien ». Cela emporte pour conséquence que les juges du fond retiennent moins facilement la disproportion dans le cadre du régime légal que dans le cadre du régime jurisprudentiel. En effet, le dernier permet aux juges du fond de retenir la disproportion tout en préservant, *a minima*, les intérêts du créancier. L'exemple peut être pris de la caution qui peut faire face à la moitié de la dette garantie, mais pas à sa totalité. Dans un tel cas de figure, le régime de l'article L. 341-4 du Code de la consommation impose, de retenir ou non la disproportion³⁹⁸ et, par conséquent, de prononcer la déchéance totale ou non de la garantie. A l'inverse, le régime jurisprudentiel permet d'octroyer des dommages et intérêts à la caution à hauteur de la moitié de la dette garantie et de maintenir le cautionnement au bénéfice du créancier pour l'autre moitié. De la sorte, alors que la caution se trouve quand même tenue à un paiement dans le mécanisme issu de la jurisprudence, il apparaît néanmoins que cette dernière est mieux protégée puisque les juges sont plus prompts à retenir la disproportion que dans le cadre du régime légal. Ce mécanisme s'avère ainsi plus adapté pour les juges qui ont pour délicate mission de protéger la caution tout en préservant les droits du créancier.

174. Par ailleurs, l'analyse selon laquelle le régime légal serait plus protecteur pour la caution que ne l'est le régime jurisprudentiel quant à la conséquence de la disproportion pour cette dernière est également à tempérer. Il peut, en effet, être tentant d'affirmer que le régime légal est plus protecteur en ce qu'il décharge complètement la caution alors que le régime jurisprudentiel

³⁹⁷ D. LEGEAI, « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés*, 2013, 680.

³⁹⁸ L'article L. 341-4 du Code de la consommation met en place la déchéance du cautionnement pour disproportion manifeste entre le montant de la dette et les capacités financières de la caution. La question est alors de savoir ce qu'on entend par « disproportion manifeste ». N'étant pas définie par la loi, c'est la jurisprudence qui, au fil des arrêts dessine les contours de cette notion. Pour une étude complète sur ce point, voir : G. PIETTE, *Rép. com. Dalloz*, V° Cautionnement commercial, 2012, spec. n° 60 et s.

octroi des dommages et intérêts. En réalité, si par principe, les dommages et intérêts ne peuvent être égaux au montant de la dette³⁹⁹, ils peuvent néanmoins couvrir la quasi-totalité de celui-ci⁴⁰⁰ et la caution se retrouver tenu à un montant symbolique. De la sorte, les conséquences de la sanction de la disproportion fondée sur le manquement par le créancier à son obligation de mise en garde prennent sensiblement la même forme que pour le régime légal.

175. Ainsi, si la sanction de la déchéance du droit du créancier de se prévaloir de sa garantie peut s'avérer efficace pour contraindre ce dernier à respecter le formalisme entourant la conclusion d'un contrat de cautionnement, il s'avère qu'elle se traduit par plus de rigueur pour la caution. La solution résiderait peut-être dans la mise en place d'une sanction intermédiaire permettant de retenir la déchéance du droit du créancier à se prévaloir de son cautionnement à hauteur de la disproportion constatée entre le montant de la dette garantie et les capacités financières de la caution. A l'instar de la réparation du préjudice consistant en la perte de chance de ne pas contracter, la mise en place d'une déchéance totale ou partielle, selon la disproportion constatée permettrait de mieux protéger les intérêts de la caution mais également ceux du créancier, tout en contraignant ce dernier à respecter ses obligations.

³⁹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n° 01-14082 : *Bull. civ.* I, n° 167 ; *D.* 2004. 204, note Y. PICOD ; *JCP G* 2003. II. 10167, note J. CASEY ; *ibid.* I. 176, n° 4, obs. Ph. SIMLER ; *Gaz. Pal.* 2004. Somm. 1999, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RTD civ.* 2004. 124, obs. B. CROCQ : « En cas de cautionnement excessif, le préjudice subi par la caution ne saurait être équivalent à la dette tout entière, mais seulement à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie ».

⁴⁰⁰ Cass. com., 8 novembre 2011 : *JurisData* n° 2011-025307 ; *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 13, obs. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2012. 626, note Ph. SIMLER.

§ 2. LA CRITIQUE DE LA SANCTION DE LA DÉCHÉANCE DU DROIT AUX INTÉRÊTS

176. Tant les modalités de la mise en œuvre de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, que les manquements qui sont à l'origine de son prononcé, n'emportent pas complètement conviction. En effet, il semble que les sanctions édictées par le droit commun, qui sont décriées ou simplement ignorées par le droit de la consommation, offrent des solutions beaucoup plus intéressantes dans le cadre de la prévention du surendettement (A). Ainsi, tant dans le régime qui les accompagne que, dans la réparation effective de l'octroi d'un crédit excessif à un emprunteur, il apparaît que la protection offerte par la déchéance du droit aux intérêts n'emporte pas la conviction (B).

A. LE PLAIDOYER EN FAVEUR DES SANCTIONS DE DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

177. Répondant à des régimes différents, les bénéfices des sanctions de droit commun doivent être soulignés. De la sorte, si la notion de perte de chance de ne pas contracter offre une réparation satisfaisante du préjudice causé à la personne qui subit un préjudice (1), la constatation selon laquelle la nullité emporte comme conséquence de venir sanctionner l'emprunteur plus lourdement que le prêteur peut également être relativisée (2).

1. Les bénéfices de la notion de perte de chance de ne pas contracter

178. Hormis le constat que la notion de perte de chance de ne pas contracter permet une indemnisation de l'emprunteur du préjudice qu'il subit dans le cas d'un octroi excessif de crédit et, par conséquent, une prévention plus efficace du surendettement de l'emprunteur⁴⁰¹ ; elle permet également une meilleure responsabilisation des parties au contrat de crédit. On peut, en effet,

⁴⁰¹ V. *supra* n° 170.

procéder à une telle affirmation puisque, d'une part, la sanction apparaît réellement dissuasive à l'égard du prêteur, en ce sens, qu'il devra indemniser l'emprunteur à hauteur de la disproportion entre les capacités financières de ce dernier et le montant du prêt accordé. Autrement dit, plus l'emprunteur auquel il a fait courir un risque de surendettement est vulnérable face au risque de surendettement, plus l'indemnisation sera importante. Réciproquement, l'emprunteur est également responsabilisé par rapport à l'acte qu'il conclut puisque, seuls, ceux se trouvant dans une situation obérée, pourront prétendre à une indemnisation élevée. Dès lors, seul l'emprunteur en difficulté pourra prétendre engager la responsabilité du prêteur. Ainsi, contrairement à la sanction mise en place par le droit de la consommation, la faute entraînant la sanction de la réparation du préjudice de la perte de chance de ne pas contracter paraît beaucoup plus équitable. En effet, le prêteur se trouve dans l'obligation d'indemniser le préjudice causé à l'emprunteur mais, à l'inverse, il ne verra pas sa responsabilité engagée s'il n'a fait courir aucun risque à l'emprunteur puisque, justement, il faut que ce dernier subisse réellement un préjudice afin d'obtenir le versement de dommages et intérêts. Cela permet, parallèlement, de se préserver de l'action de l'emprunteur de mauvaise foi qui cherche à amoindrir les conséquences de son engagement, car seul, celui qui a réellement subi un préjudice pourra engager la responsabilité du prêteur. De la sorte, on vient éviter les écueils du formalisme tout en permettant d'assurer une prévention efficace et équitable du surendettement.

179. La même affirmation peut être constatée à l'égard de la caution en difficulté, car, si la sanction du droit de la consommation, en cas de disproportion entre la dette garantie et les capacités financières de la caution, est réellement préventive, elle n'en reste pas moins arbitraire. En effet, les dispositions du Code de la consommation relatives au contrat de cautionnement s'appliquent à toute personne physique qui se porte caution. Dès lors, un professionnel averti peut en bénéficier, alors que ce dernier est pleinement conscient de la portée de son engagement. Il peut donc apparaître inéquitable

que le créancier supporte toutes les conséquences de la disproportion et que la caution avertie soit pleinement déchargée. Il semble en effet que, dans pareil cas, une modulation, selon les capacités financières de la caution, à l'instar de la sanction de droit commun pour manquement à l'obligation de mise en garde, est souhaitable.

2. La nullité préférée à d'autres sanctions

180. Il est communément admis que la nullité n'est pas la sanction appropriée dans le cadre d'une méconnaissance par le prêteur de ses obligations. En effet, la nullité de l'acte emporte un effet rétroactif : la relation contractuelle est censée n'avoir jamais existée. Dès lors, appliquée au contrat de prêt, la nullité emporte obligation pour l'emprunteur de restituer au prêteur les sommes perçues. Or, bien évidemment, ces sommes ne sont plus disponibles dans les situations les plus fragiles. C'est pour cette raison essentielle que la nullité comme sanction n'a pas été retenue par le législateur qui l'estimait défavorable à celui qu'il cherchait à protéger. Néanmoins, la nullité offre la possibilité pour l'emprunteur d'engager la responsabilité délictuelle du prêteur⁴⁰². On considère, en effet, que les restitutions consécutives à la nullité ne réparent pas pour autant le préjudice subi par l'une des parties au contrat et que cette dernière peut obtenir réparation dudit préjudice. Ainsi, dans le cadre de la nullité d'un contrat de vente pour dol du vendeur, la chambre mixte de la Cour de cassation est venue préciser, au visa de l'article 1382 du Code civil, que « la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé »⁴⁰³. Dès lors, si la sanction du non-respect du prêteur de ses obligations

⁴⁰² Il a été admis relativement à la nullité d'un contrat de bail, que la nullité emportant un effet rétroactif, la responsabilité du bailleur ne pouvait être recherchée que sur le terrain délictuel : Cass. civ. 11 mai 2011 : *RDC* 2011. 1139, obs. T. GENICON. Cela est logique puisque, considéré comme n'ayant jamais existé, il aurait été illogique de se placer sur le terrain de la responsabilité contractuelle, v. toutefois l'arrêt de la CA de Montpellier qui, dans le cadre de la nullité pour absence de cause, retient la responsabilité contractuelle du prêteur, *supra* n° 140.

⁴⁰³ Cass. ch. mixte, 9 juillet 2004.

était la nullité du contrat de prêt, l'emprunteur ne serait pas complètement démuné. En effet, ce dernier se verrait tenu de restituer le capital, diminué des intérêts conventionnels qu'il a déjà versé au titre de l'exécution du contrat de crédit annulé. De surcroît, rien n'empêche d'imaginer que puisse également être engagée une action en responsabilité pour octroi abusif de crédit et obtenir des dommages et intérêts. Ce préjudice peut très bien, à l'instar de celui subi par l'emprunteur pour non-respect de l'obligation de mise en garde, être celui de la perte de chance de ne pas contracter. Or, si l'indemnisation de l'emprunteur pour perte de chance de ne pas contracter, ne peut être égale au montant total de la dette, elle peut toutefois s'en rapprocher. La dette de l'emprunteur peut ainsi être largement amoindrie dans la mesure où elle se retrouvera réduite des intérêts conventionnels et des dommages et intérêts perçus sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Par ailleurs, peut également être souligné, le cas de la condamnation d'un emprunteur au versement d'une certaine somme, les juges du fond se voient dans l'obligation, sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil, d'accorder à ce dernier des délais de paiement et d'en fixer la durée⁴⁰⁴. Là encore, l'obligation qui est faite aux juges du fond de venir échelonner le remboursement de la somme due par l'emprunteur, s'intègre parfaitement dans une perspective de prévention du surendettement des particuliers. Présentée de la sorte, la nullité du contrat de prêt comme sanction au manquement du prêteur à ses obligations peut apparaître comme plus préventive que la sanction consistant dans la déchéance du droit aux intérêts.

B. L'INSUFFISANCE DE LA SANCTION DE LA DÉCHÉANCE DU DROIT QUANT À LA RÉPARATION DU PRÉJUDICE DE L'EMPRUNTEUR EN CAS D'OCTROI EXCESSIF DE CRÉDIT

181. Selon le droit de la consommation, le prêteur qui ne vérifie pas les capacités financières de l'emprunteur, et donc, qui prend le risque éventuel d'octroyer un crédit excessif à ce dernier, sera sanctionné par la déchéance,

⁴⁰⁴ Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 06-10.629.

totale ou partielle, de son droit à la perception des intérêts⁴⁰⁵. Or, si le crédit est excessif par rapport au patrimoine du débiteur, peut-on considérer qu'il ne l'est que relativement aux intérêts générés par l'octroi de celui-ci ? Autrement dit, peut-on considérer que cette sanction prévient suffisamment le surendettement éventuel de l'emprunteur auquel le prêteur a octroyé le crédit excessif ? Il semble, encore une fois, que la sanction mise en place par le régime jurisprudentiel œuvre plus dans le sens de la prévention du surendettement des particuliers. En effet, si on considère que la sanction issue de l'article L. 311-48 du Code de la consommation est prononcée pour le manquement par le prêteur à son obligation de vérifier la solvabilité⁴⁰⁶ de l'emprunteur, comment prétendre alors que la seule déchéance du droit aux intérêts du prêteur soit propice à une prévention du surendettement des particuliers ? Autrement dit, si le débiteur est dans l'incapacité, eu égard à ses capacités financières, de faire face au remboursement du capital dû au titre du prêt, la seule suppression du paiement des intérêts nés de l'octroi du capital, apparaît comme insuffisante dans la prévention du surendettement. Au mieux, nous venons juste amoindrir le poids du surendettement. C'est-à-dire que, cet emprunteur, malgré la déchéance du droit aux intérêts du prêteur peut se voir dans l'obligation de saisir une commission de surendettement car, si ce dernier n'est pas solvable, il ne pourra pas faire face au seul remboursement du capital. Dès lors, nous considérons que cette sanction vise plutôt à faire respecter le formalisme législatif mais elle ne vise pas à désendetter un emprunteur à hauteur de ses capacités contributives.

⁴⁰⁵ Article L. 311-9 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er juillet 2010.

SECTION II.

L'ADAGE *SPECIALIA GENERALIBUS DEROGANT*, UN FREIN À L'EFFICIENCE DU DROIT COMMUN

182. Édiktant des règles abstraites et générales, le droit commun des obligations peut s'appliquer à toutes les situations. Or, le développement des réglementations spéciales emporte pour conséquence que, celles-ci peuvent se superposer aux dispositions générales. Afin de remédier à ces difficultés on a recouru à l'adage *specialia generalibus derogant* selon lequel, les règles de droit spécial dérogent aux règles de droit général.

183. L'adage *specialia generalibus derogant* possède deux aspects, l'un positif et l'autre négatif. Ainsi, dans son sens positif, cet adage emporte l'effacement des dispositions de droit général au profit des dispositions de droit spécial. Autrement dit, dans l'articulation du droit de la consommation et du droit commun des obligations, c'est le premier qui déroge au second. Là où le droit de la consommation édicte des règles, les dispositions issues du droit commun des obligations doivent s'effacer. Pris négativement, cet adage impose également la limite de la dérogation au champ d'application des dispositions issues du droit spécial. Autrement dit, le droit spécial ne déroge pas au général, là où il ne dispose plus. Ainsi, le droit commun des obligations revient à s'appliquer dans les domaines pour lesquels le droit de la consommation n'édicte aucune règle.

184. Or, dans le cadre de la prévention du surendettement, cet effacement des mesures prétoriennes au profit des mesures légales ne se fait pas sans

conséquence (§1), tout comme le recours aux règles de droit commun ne se fait pas sans incidences, lorsque le droit de la consommation reste silencieux (§2).

§ 1. LES CONSÉQUENCES DE L'ADAGE *SPECIALIA GENERALIBUS DEROGANT* DANS L'ARTICULATION DU DROIT COMMUN ET DU DROIT DE LA CONSOMMATION

185. Selon que l'on étudie les conséquences de cet adage dans le cadre du contrat de crédit ou du contrat de cautionnement, les conséquences de l'adage *specialia generalibus derogant* peuvent être positives comme elles peuvent être négatives. En effet, le législateur n'ayant pas adopté la même sanction pour les éventuels manquements du prêteur dans la formation du contrat de prêt, que dans la formation du contrat de cautionnement, il conviendra de les étudier successivement. Ainsi, si on peut craindre les conséquences de cet adage en raison de la ratification, par le législateur, d'une pâle imitation de l'obligation de mise en garde dans le cadre du crédit à la consommation, une telle affirmation ne peut pas être tenue dans le cadre du crédit immobilier qui reste régit, tour à tour, par le droit de la consommation et par le droit commun des obligations.

A. LES CONSÉQUENCES NÉGATIVES DE L'ADAGE *SPECIALIA GENERALIBUS DEROGANT* DANS LA FORMATION DU CONTRAT DE CRÉDIT

186. Venant tous les deux édicter des règles relatives au contrat de crédit, mais également relatives au contrat de cautionnement, le droit spécial de la consommation et le droit commun des contrats se trouvent parfois confrontés aux conséquences de l'adage *specialia generalibus derogant*. Or, si le droit commun des contrats subi l'influence du droit de la consommation, il en va de même pour le deuxième. De la sorte, face à l'efficacité de l'obligation prétorienne de mise en garde, le législateur est venu consacrer celle-ci dans le Code la consommation en 2010. De la sorte, l'obligation de mise en garde doit désormais s'effacer devant les dispositions du droit de la consommation (1). Néanmoins, n'ayant pas

fait l'objet de cette mesure légale, le contrat de crédit immobilier, reste soumis aux dispositions de l'obligation de mise en garde (2).

1. La mise en péril de l'obligation de mise en garde par le devoir légal d'explication

187. L'idée de la consécration de l'obligation de mise en garde dans le Code la consommation procède d'une initiative éclairée en ce sens que, bien aboutie dans son régime⁴⁰⁷, elle est efficace en termes de prévention. Ainsi, elle aurait pu permettre à l'emprunteur d'en bénéficier dans le cadre du droit de la consommation. Néanmoins, cette démarche souffre de son résultat. Se trouvant maladroitement codifiée (a), elle emporte pour conséquence d'offrir une prévention peu efficace dans le cadre du droit de la consommation et vient, de surcroît, limiter le champ d'application de l'obligation de mise en garde. Il en résulte alors, qu'échappant par son statut aux dispositions du droit de la consommation, le professionnel non averti se trouve être le mieux protégé (b).

a. La consécration maladroite de l'obligation de mise en garde par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010

188. La loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 est venue mettre à la charge du prêteur un devoir d'explication. Codifié à l'article L. 311-8 du Code de la consommation, le devoir d'explication est la consécration légale de l'obligation jurisprudentielle de mise en garde. En effet, si certains auteurs relèvent une différence entre les deux, l'objectif du législateur était clairement la reprise légale de l'obligation prétorienne. En effet, la différence notable que les auteurs soulignent entre les deux, réside dans le volet de l'obligation de mise en garde obligeant le prêteur à se renseigner sur les capacités financières de l'emprunteur. Or, si le devoir d'explication ne fait pas référence au devoir de

⁴⁰⁷ D. LEGEAIS, « Cinquante arrêts pour rien ? », *RD banc. fin.* 2010. n° 2, p.1.

renseignement, ce dernier est consacré à l'article suivant du Code la consommation. En effet, l'article L. 311-9 du Code de la consommation dispose que : « Avant de conclure le contrat de crédit, le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur (...) ». Ainsi, plutôt que d'affirmer que l'obligation prétorienne de mise en garde est différente du devoir d'explication et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur, nous préférons nous rallier à la doctrine⁴⁰⁸ qui parle de démembrement de l'obligation de mise en garde par la loi « Lagarde ». D'ailleurs, quand bien même voudrait-on voir une différence entre l'obligation prétorienne et le devoir légal⁴⁰⁹, on imagine très difficilement comment un emprunteur, pourrait prétendre ne pas avoir été mis en garde, alors que le prêteur lui a donné « toutes les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit est adapté à ses besoins et à sa situation financière », qui plus est, lorsque ces explications lui sont données « sur la base des préférences exprimées (par l'emprunteur) »⁴¹⁰. Dès lors, ne s'agit-il pas seulement d'un questionnement purement théorique, puisqu'un prêteur qui constate l'insolvabilité du candidat à l'emprunt, aura la prudence de ne pas lui octroyer un crédit.

⁴⁰⁸ Voir entre autre : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, « *Droit de la consommation* », Dalloz, 2010, 8^e éd., 726 pages, n° 353-1.

⁴⁰⁹ Il est permis d'affirmer qu'expliquer n'est pas mettre en garde, et que l'obligation de vérifier la solvabilité de l'emprunteur n'est pas la vérification que le crédit est adapté aux capacités financières de l'emprunteur. En effet, tandis qu'une explication peut rester neutre en ce sens qu'elle n'exige pas de son débiteur qu'il formule une appréciation sur l'opportunité de l'opération envisagée. Elle suppose simplement que le débiteur de cette explication apporte tous les éléments nécessaires au créancier afin que ce dernier comprenne précisément la teneur de son engagement. De même, la vérification de la solvabilité n'est pas la vérification que le crédit est adapté aux capacités financières de l'emprunteur. La seconde exige de la part du prêteur qu'il vérifie non seulement que l'emprunteur est solvable au moment de l'octroi du prêt, mais également que ses capacités financières lui permettent de faire face à son engagement. Tel n'est pas le cas dans la première qui, là encore, ne suppose aucune appréciation sur l'adéquation de l'endettement et les capacités de l'emprunteur à honorer le prêt, mais oblige simplement le prêteur à vérifier que celui-ci est solvable. Néanmoins, le législateur précise que c'est à l'emprunteur de déterminer si le crédit est adapté à ses besoins et à sa situation financière, contrairement au régime de l'obligation de mise en garde, qui fait peser cette évaluation de l'adéquation du montant de la dette avec les capacités financières de l'emprunteur sur le prêteur. De la même manière, c'est à l'emprunteur d'apprécier l'opportunité de son engagement suite à l'explication fournie par le prêteur et non à ce dernier de le mettre en garde contre les risques de l'opération. Ainsi, si l'obligation prétorienne et le devoir légal diffèrent dans leur régime, ils portent toutefois sur les mêmes éléments.

⁴¹⁰ Article L. 311-8 du Code de la consommation.

189. Par conséquent, en application de l'adage *specialia generalibus derogant*, c'est le droit spécial de la consommation qui déroge au droit commun des obligations. Or, l'obligation de mise en garde, telle que nous l'avons étudiée, est fondée sur l'article 1147 du Code civil et relève donc bien du droit commun des obligations. Ainsi, pour tous les contrats de crédit, rentrant dans le champ d'application du Code de la consommation, conclus après l'entrée en vigueur de la loi « Lagarde », le prêteur n'est plus tenu d'une obligation de mise en garde mais d'un devoir d'explication et d'une obligation de se renseigner sur la solvabilité de l'emprunteur. Cela emporte pour conséquence que, seul le professionnel non averti bénéficiera, à l'avenir, du régime prétorien de l'obligation de mise en garde.

b. Le sort enviable de l'emprunteur professionnel non averti

190. Loin d'être un « laissé pour compte », il apparaît que la consécration par le droit de la consommation de l'obligation de mise en garde, telle qu'elle a été réalisée par le législateur de 2010, vient largement profiter au professionnel non averti dans la conclusion d'un crédit auprès d'un professionnel. En effet, il a été souligné que ce dernier, ne pouvant pas bénéficier des dispositions du droit de la consommation, car ne répondant pas à la définition de l'emprunteur consommateur, relève des dispositions de droit commun. Or, si cet emprunteur ne peut pas bénéficier du formalisme protecteur mis en place par le législateur⁴¹¹, il continue pleinement à bénéficier du régime de l'obligation de mise en garde. Ce régime, comme il a été démontré, est plus protecteur en ce sens qu'il vient réparer le préjudice causé à l'emprunteur, ce qui n'est pas le cas du régime consumériste qui se contente de sanctionner le manquement du prêteur aux règles de formation du contrat de crédit. Dès lors, il ressort de cette confrontation du régime commun et du régime spécial, que ceux dont on

⁴¹¹ En effet, nous rappelons que le professionnel non averti est exclu de la définition de l'emprunteur consommateur dans la définition donnée par l'article L. 311-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction issue de la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010.

recherche la protection par le développement des règles consuméristes, sont justement les emprunteurs qui vont être exclus du régime plus protecteur de l'obligation de mise en garde. Autrement dit, le droit de la consommation qui a pour dessein de venir protéger les plus faibles, mais qui met en place un système de prévention moins efficace du surendettement des particuliers, vient par son existence même, priver les emprunteurs les plus vulnérables d'une mesure de prévention efficace. De surcroît, le droit de la consommation, qui considère que les professionnels non avertis, de par leur statut, ne peuvent pas bénéficier des dispositions protectrices qu'il met en place vient, par la définition qu'il donne de l'emprunteur, créer un déséquilibre entre ces derniers, et faire bénéficier du régime plus protecteur, ceux qu'il vient expressément exclure de son champ d'application. Ainsi, loin de considérer que le professionnel non averti est un « laissé pour compte », nous considérons, au contraire, que son sort est favorable puisque c'est ce dernier seul qui continuera à bénéficier de l'obligation de mise en garde.

2. Le maintien de l'obligation de mise en garde du prêteur dans l'octroi d'un crédit immobilier

191. Le maintien de l'obligation de mise en garde du prêteur dans le cadre du contrat de crédit immobilier est dû à l'absence de dispositions légales sur l'obligation du prêteur d'évaluer la solvabilité de l'emprunteur au moment de la formation d'un contrat de crédit immobilier. Ainsi, à l'instar de l'emprunteur professionnel non averti, le candidat à un crédit immobilier bénéficiera de l'obligation de mise en garde. Cette carence du droit de la consommation, dans l'obligation du prêteur de vérifier la solvabilité de l'emprunteur avant de lui apporter son concours dans le cadre d'un crédit immobilier, est surprenante en théorie mais reste à relativiser au regard de la pratique. En effet, l'endettement consécutif à un emprunt immobilier est, de manière générale, relativement lourd. Dès lors, il peut sembler anormal, pour des emprunts dont les montants sont conséquents, que le législateur n'ait pas encadré la vérification de la solvabilité de l'emprunteur avant l'octroi d'un tel crédit. Néanmoins, tant les chiffres relatifs au surendettement, que la pratique bancaire, nous forcent à

relativiser cette observation. En effet, selon les chiffres de l'enquête typologique sur le surendettement de 2014 établie par la Banque de France⁴¹², seul 6,5 % des personnes en surendettement sont propriétaires accédants⁴¹³, contre 78,5 % locataires de leur logement. On peut donc constater, à travers ces chiffres, que le crédit immobilier n'est pas source de surendettement des ménages. Cela tient certainement à la pratique bancaire dans ce domaine qui, sans que cela ne relève de l'obligation de mise en garde ou d'une autre mesure à la charge des prêteurs, évalue de façon très sérieuse les dossiers des candidats à un tel emprunt. Ainsi, quand bien même l'endettement né de l'octroi d'un crédit immobilier serait conséquent, il est, dans la majorité des situations, mieux adapté aux capacités financières de l'emprunteur. De surcroît, l'emprunt immobilier, tout du moins lorsqu'il s'agit de l'acquisition du logement principal, est généralement contracté par deux personnes, ce qui accroît les capacités financières. Par ailleurs, ces prêts sont majoritairement assortis d'une assurance et/ou d'une sûreté réelle, ce qui vient diminuer les risques d'échec de l'opération contractuelle.

192. Cette confrontation du droit commun et du droit de la consommation emporte également des incidences sur le contrat de cautionnement. Néanmoins, contrairement à l'emprunteur, la caution pourra, à la fois, bénéficier du régime commun de l'obligation de mise en garde, mais également des dispositions du droit de la consommation.

⁴¹² Enquête typologique 2014 de la Banque de France sur le surendettement des ménages : *préc.*

⁴¹³ Les propriétaires accédants sont ceux qui ont un emprunt en cours en vue de l'acquisition de leur logement principal, par opposition aux propriétaires qui ont déjà acquis leur logement principal.

B. LA DOUBLE CONSÉQUENCE DE L'ADAGE *SPECIALIA GENERALIBUS DEROGANT* DANS LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

193. La même observation, que celle formulée au regard du contrat de crédit à la consommation, peut être faite pour le contrat de cautionnement, quant à l'articulation du régime légal avec le régime jurisprudentiel. En effet, tous les contrats de cautionnement conclus après l'entrée en vigueur de la loi « Dutreil »⁴¹⁴, relèvent des dispositions du Code de la consommation. Or, l'article L. 341-4 du Code de la consommation fait échec à ce qu'un créancier puisse se prévaloir d'un contrat de cautionnement manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution. Il existe ainsi deux conséquences de l'adage *specialia generalibus derogant* qui en réalité, sont liées aux deux volets de l'obligation de mise en garde de la caution au moment de son engagement⁴¹⁵. La première conséquence de la règle selon laquelle la règle générale déroge à la règle spéciale, vient affecter la mise en garde de la caution par rapport à son propre engagement. Autrement dit, l'obligation de mise en garde de la caution quant à l'adéquation du montant de la dette par rapport à ses capacités financières, s'évince devant les dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation. Ainsi que nous l'avons déjà observé, le régime jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde de la caution apparaît, de par sa souplesse, mieux adapté à la prévention du surendettement de la caution⁴¹⁶. De la sorte, relativement à ce premier volet de l'obligation de mise en garde de la caution, il est permis de considérer que l'éviction du régime jurisprudentiel au profit du régime légal par l'adage *specialia generalibus derogant* s'avère plus négatif que positif. La deuxième conséquence de cet adage dans le cadre de l'obligation de mise en garde de la caution est positive. Plus précisément, le texte spécial de l'article L. 341-4 du Code de la consommation n'emporte aucune conséquence sur le deuxième volet de l'obligation de mise en garde de la caution. En effet, ce deuxième volet oblige le créancier à alerter la caution sur le risque de non

⁴¹⁴ Loi n° 2003-721, du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : *préc.*

⁴¹⁵ V. *supra* n° 119.

⁴¹⁶ V. *supra* n° 172.

remboursement du prêt par l'emprunteur et ainsi, de la probabilité plus ou moins élevé de son appel en paiement de la dette. Or, puisque l'article L. 341-4 du Code de la consommation ne prend pas en compte, à l'égard de la caution, la disproportion entre le montant de la dette et les capacités financières du débiteur principal, le deuxième volet de l'obligation prétorienne subsiste. Si cette deuxième incidence de l'adage *specialia generalibus derogant* est positive pour la caution il n'en reste pas moins que tout cela ne fait qu'alourdir la lisibilité de la prévention du surendettement. En effet, on peut s'interroger sur l'opportunité du maintien, pour le même cautionnement, de dispositions répondant à des régimes différents alors même qu'elles ont pour objectif de s'adresser à des personnes vulnérables. Dans une telle perspective, il est préférable de privilégier la simplicité afin que ces mesures de prévention soient facilement accessibles et compréhensibles par les personnes à qui elles s'adressent.

194. Par ailleurs, l'adage *specialia generalibus derogant* doit également être compris négativement ce qui, là encore, emporte des conséquences importantes dans la confrontation du droit commun des obligations avec le droit spécial de la consommation.

§ 2. LES LIMITES DE L'ADAGE *SPECIALIA GENERALIBUS DEROGANT* DANS L'ARTICULATION DU DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS ET DU DROIT DE LA CONSOMMATION

195. Il s'agit ici de déterminer les conséquences de l'adage *specialia generalibus derogant* dans la confrontation du droit commun et du droit spécial, mais interprété dans son sens négatif. Autrement dit, il s'agit de mesurer les conséquences de cet adage dans les domaines pour lesquels le droit de la consommation reste silencieux. En effet, dans une telle situation, ce sont les dispositions du droit commun qui s'appliquent. Or, si les juridictions mettent en

place, sur le fondement du droit commun des contrats, des mesures de prévention intéressantes en adaptant les règles du droit des obligations, elles ne peuvent pas déroger à certains principes du droit des obligations. De la sorte, lorsque le droit de la consommation, n'envisage pas toutes les situations et les différents points qu'elles peuvent soulever, il revient au droit commun de s'appliquer, quand bien même les règles qu'il faut mettre en œuvre peuvent être insuffisamment protectrices des intérêts de l'emprunteur.

196. Le régime de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur constitue une parfaite illustration de la réflexion du législateur qui est parfois trop rapide dans l'élaboration d'une règle du droit de la consommation. En effet, cette sanction va se trouver affaiblie par le droit commun des contrats (A) et, inversement, ne pouvant bénéficier de certaines règles du droit de la consommation, les sanctions du droit commun revêtent un caractère moins dissuasif que celles du droit de la consommation (B).

A. L'AFFAIBLISSEMENT DE LA SANCTION DU DROIT DE LA CONSOMMATION PAR LE DROIT COMMUN DES OBLIGATIONS

197. L'affaiblissement de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur résulte directement d'une rédaction trop hâtive du législateur. En effet, ne prenant pas le soin d'intégrer dans celle-ci les intérêts légaux, cette sanction va s'avérer moins efficace que ce qui en était attendu (1). Fort de ces conséquences, le législateur est intervenu afin de redéfinir le régime d'application de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur (2).

1. L'insuffisance de la seule déchéance du droit aux intérêts conventionnels du prêteur

198. Ignorant l'existence des intérêts légaux dans la rédaction de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, le législateur a en réalité mis en place un régime de sanction préjudiciable à l'emprunteur. En effet, différents dans leurs régimes (a), les juridictions se trouvant devant une absence de règles du droit de la consommation concernant les intérêts légaux, ont eu à recourir aux dispositions du droit commun (b).

a. Le régime distinct des intérêts conventionnels et des intérêts légaux

199. Selon l'article L. 311-48, le prêteur, qui omet de respecter les formalités de formation du contrat de crédit édictées par le Code de la consommation, se trouve « déchu du droit aux intérêts ». Dès lors, dans pareille situation, l'emprunteur n'est tenu qu'au remboursement du capital, « suivant l'échéancier prévu »⁴¹⁷. De surcroît, les intérêts qui ont été payés par l'emprunteur, produisent eux-mêmes des intérêts au taux de l'intérêt légal, et le prêteur devra imputer ces sommes sur le capital restant dû par l'emprunteur. Au premier abord, cette sanction édictée par le Code de la consommation semble tout à fait favorable à l'emprunteur puisque, d'une part, ce dernier voit son contrat de crédit requalifié en crédit gratuit et, d'autre part, cette requalification a logiquement un effet rétroactif. En effet, tous les intérêts versés par l'emprunteur jusqu'au prononcé de la déchéance du droit aux intérêts par le prêteur, doivent être restitués à l'emprunteur en s'imputant sur le capital, autrement dit sur la somme que l'emprunteur devra rendre au prêteur. Or, cette somme à restituer est source d'intérêt, au taux légal⁴¹⁸, ce qui diminuera d'autant plus la dette de l'emprunteur. Néanmoins, malgré cet arsenal de sanctions en faveur du consommateur, il reste à déplorer que le législateur n'ait pas appréhendé la condamnation aux intérêts au taux légal, pour tout retard dans l'exécution d'une obligation consistant dans le versement d'une somme

⁴¹⁷ Alinéa 3 de l'article L. 311-48 du Code de la consommation.

⁴¹⁸ Voir le décret 2014-98 du 4 février 2014 fixant le taux de l'intérêt légal à 0.04 % pour l'année 2014.

d'argent. En effet, selon l'alinéa 1 de l'article 1153 du Code civil : « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal (...) ». Ainsi, selon ce texte de droit commun et quelle que soit l'origine du retard dans l'exécution d'une obligation consistant dans le versement d'une somme d'argent, le débiteur devra, en plus du montant de l'obligation litigieuse, verser au créancier des intérêts au taux légal. Dès lors, la question qui vient naturellement se poser est celle de savoir comment s'articule cette disposition de droit commun avec celle du droit de la consommation relative à la déchéance du droit des intérêts du prêteur ?

b. La contestable jurisprudence « Theret »

200. Saisie d'un litige portant sur cette question, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu une décision le 26 novembre 2002⁴¹⁹. Le litige était classique, le prêteur s'étant vu déchu de son droit aux intérêts conventionnels pour irrégularité de l'offre préalable⁴²⁰ de crédit. La banque sollicita alors le paiement avec intérêts au taux légal du capital restant dû. Les juges du tribunal d'instance la déboutèrent de sa demande au motif que, « L'article L. 311-33⁴²¹ interdit que la mise en demeure ou l'assignation fasse recouvrer aux sommes dues le caractère de créances susceptibles de produire des intérêts au sens de l'article 1153 du Code civil ». Les juges du fond considéraient, certainement à juste titre, que faire produire des intérêts à une telle créance, reviendrait à rémunérer le créancier du non-respect des dispositions du Code de la consommation. Saisie du litige après le pourvoi formé par la banque, la Cour de cassation censure néanmoins, au double visa des

⁴¹⁹ Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 2002, n°00-17.119, « Theret » : *Bull. civ.* I, n° 288 ; *D.* 2003. AJ. 273 ; *RTD com.* 2003. 357, obs. B. BOULOC ; *JCP E* 2003. 119 ; *JCP G* 2003. IV. 1124 ; *Deffrénois* 2003. 261, obs. J.-L. AUBERT.

⁴²⁰ Anciens articles L. 311-8 et suivants du Code de la consommation.

⁴²¹ L'ancien article 311-33 du Code de la consommation mettait en place la sanction de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur pour non respect des règles édictées par le Code de la consommation, relatives à la formation du contrat de crédit.

articles 1153 du Code civil et L. 311-33 du Code de la consommation, la décision des juges du fond. La Cour considère, en effet, que : « si pour le prêteur, l'absence d'offre préalable entraîne la déchéance du droit aux intérêts, l'emprunteur n'en reste pas moins tenu aux intérêts au taux légal depuis la mise en demeure ». Ainsi, la Cour considère que, depuis la mise en demeure, l'emprunteur doit au prêteur, en plus du capital restant dû, les intérêts produits par cette somme au taux légal. Si cette décision peut être saluée pour son respect à la lettre du droit, il n'en demeure pas moins qu'elle surprend dans une perspective de prévention du surendettement des particuliers. En effet, la sanction de la déchéance du droit aux intérêts mise en place par le droit de la consommation a pour seule et unique vocation de sanctionner le non-respect du prêteur aux formalités de formation du contrat de crédit. Dès lors, cette sanction n'ayant pas vocation à s'appliquer en droit commun, elle ne peut pas être dérogatoire aux règles communes régissant le paiement d'une créance⁴²².

201. Ainsi, fidèle à l'adage *specialia generalibus derogant*, la Cour de cassation ne fait pas produire d'effet au texte spécial en dehors du champ d'application qui lui a été donné par le législateur. Malgré tout, ne peut-on pas s'étonner d'une telle décision ? En effet, car loin d'être anodin, le taux de ces intérêts en 2002 était de 4,26 %⁴²³, et, dans le cas d'espèce, la mise en demeure courait depuis un peu plus de quatre années. Il a alors été souligné⁴²⁴ qu'une telle position jurisprudentielle revenait à priver l'emprunteur du bénéfice de cette déchéance et, corrélativement, à tenir en échec, à l'égard du prêteur, la sanction pour non-respect des formalités consuméristes. Par ailleurs, cette décision, publiée au Bulletin, n'est pas isolée puisqu'elle a été confirmée par un arrêt de la même chambre en date du 27 mai 2003⁴²⁵, qui a lui-même reçu

⁴²² J.-L. AUBERT, note sous : Cass. civ. 1^{re} 26 novembre 2002 : *préc.*

⁴²³ Décret n° 2002-159, du 8 février 2002 fixant le taux de l'intérêt légal : *JO* du 10 février 2002.

⁴²⁴ G. POISSONNIER, « Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2013, n° 7, étude 10.

⁴²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2003 : *Bull. civ.* I, n° 131 ; *JCP E* 2003. 1261 ; *Contrats, conc., consom.* 2003, n° 169, obs. G. RAYMOND ; *LPA* 8 déc. 2003, obs. G. PAISANT.

publication. Il faut également remarquer que dans ces deux décisions, les deux emprunteurs étaient défaillants. Ainsi, loin d'amoindrir leur taux d'endettement, les positions jurisprudentielles adoptées ne font qu'alourdir ce dernier. Dès lors, puisque la Cour de cassation reste fidèle à la lettre des textes, la réforme du droit du crédit à la consommation en 2010, aurait dû être l'occasion d'éclaircir cette question afin de redonner à la sanction mise en place toute son efficacité.

2. La redéfinition nécessaire du champ d'application de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts

202. Cette jurisprudence « Theret » vient directement heurter l'efficacité de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur, tant au niveau de la contrainte qu'elle impose vis-à-vis du formalisme à respecter pour la formation du contrat de crédit, qu'au regard de la prévention du surendettement des particuliers. Malheureusement, l'occasion d'éclaircir cette question n'a pas été saisie par le législateur et, bien au contraire, la reformulation de l'article L. 311-33 du Code de la consommation par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 rajoute à la confusion. Ainsi, comme le relève le Professeur Guy Raymond, « l'article 311-48 nouveau du Code de la consommation, qui détermine désormais les sanctions applicables est plus ambigu »⁴²⁶. Cet auteur souligne que la hiérarchisation des sanctions relatives aux divers manquements ne fait qu'accroître l'illisibilité de cette déchéance du droit aux intérêts du prêteur, qui sera tantôt totale, tantôt partielle. De ce fait, aussi condamnable soit-elle au regard, tant de la protection du consommateur-emprunteur en général, que de la prévention du surendettement de l'emprunteur, la jurisprudence de la Cour de cassation se justifie pleinement. En effet, la Cour de cassation se borne uniquement à appliquer les textes et ainsi respecte les différentes règles mises en place.

⁴²⁶ G. RAYMOND, note sous : Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2011 : *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 7, comm. 177.

203. La jurisprudence «Theret » est le parfait reflet de l'impossibilité pour le texte spécial de déroger au texte général en dehors du champ d'application qui lui a été attribué, et c'est précisément ce raisonnement que la Cour de cassation adopte. De même, la décision de la première chambre civile du 31 mars 2011, n'encourt pas plus la critique. Les faits de l'espèce étaient encore une fois relativement simples. Un prêteur se retrouve déchu de son droit aux intérêts pour irrégularité de l'offre préalable de crédit. Mais les juges du fond estiment que l'emprunteur ne peut pas réclamer, au titre de l'article L. 311-33 du Code de la consommation, la répétition des frais et accessoires inscrits au compte. Saisie du pourvoi de l'emprunteur, la Cour de cassation censure la décision des juges du fond au seul visa de l'article L. 311-33 du Code de la consommation. Elle considère que : « le prêteur qui n'a pas présenté au titulaire d'un compte bancaire ayant fonctionné à découvert depuis plus de trois mois une offre préalable de crédit, ne peut réclamer que le capital restant dû ». La Cour se borne à une application stricte de l'article L. 311-33 du Code de la consommation qui dispose que, dans une telle situation, « l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu ». Ce qu'il faut retenir, c'est que les intérêts visés par le Code de la consommation, et ceux visés par le Code civil, ne sont pas les mêmes. Les dispositions du code de la consommation visent les intérêts, frais et commissions conventionnels alors que, le Code civil vise les intérêts moratoires, qui sont dus pour retard dans l'exécution d'une obligation consistant dans le versement d'une somme d'argent. Or, l'occasion d'inclure la déchéance des intérêts moratoires de l'article 1153 du Code civil, dans la déchéance du droit aux intérêts conventionnels du prêteur, n'a pas été saisie par le législateur de 2010.

204. Un auteur souligne que le fait de ne pas inclure les intérêts dus au titre de l'article 1153 du Code civil dans la sanction édictée par le Code de la consommation est « logique » et que la déchéance du droit aux intérêts conventionnels est « suffisante »⁴²⁷. Si cette décision est logique, l'affirmation

⁴²⁷ J.-L. AUBERT, note sous : Cass. civ. 1^{re}, 26 nov. 2002 : *préc.*

selon laquelle la seule déchéance du droit aux intérêts conventionnels est suffisante, peut être critiquée. En effet, cette suffisance de la seule déchéance du droit aux intérêts conventionnels vient directement dépendre du taux de l'intérêt légal qui se trouve annuellement fixé par décret. Ainsi, en prenant le taux fixé pour l'année 2014 qui est de 0,04%, les conséquences sont plus que minimales. En revanche, si nous prenons le taux de l'intérêt légal de l'année 2002 (date de la jurisprudence « Theret »), qui était de 4,26 %, une conclusion différente s'impose dans la mesure où ce taux se rapproche de celui pratiqué par les prêteurs dans les conventions de crédit et réduit pratiquement à néant la sanction consumériste. L'efficacité de la sanction, tout du moins dans une perspective de prévention du surendettement des particuliers, sera dépendante du taux de l'intérêt légal fixé chaque année, par décret. Cette remarque, qui laisse trop d'incertitude sur la protection de l'emprunteur, amène à constater une fois de plus, que la sanction édictée par le Code de la consommation n'est pas suffisante.

B. L'EFFET MOINS DISSUASIF DE LA SANCTION DE DROIT COMMUN

205. L'effet dissuasif de la sanction juridique nous apparaît également fondamental dans le droit de la prévention du surendettement des particuliers. En effet, lorsque la sanction juridique a pour conséquence la dissuasion d'un comportement, on peut affirmer que la sanction a un effet préventif. C'est dans le domaine du droit pénal que cette analyse prend toute sa clarté. Les sanctions du droit pénal, quelque soit leur nature ont toutes un effet dissuasif du comportement infractionnel. Ainsi, il est permis d'affirmer que les individus d'une société ne commettent pas telle ou telle infraction parce que la sanction pénale qui découlerait d'une telle commission, est dissuasive. Autrement dit, la sanction sera dissuasive si, mis en balance, les inconvénients de celle-ci pèsent plus lourds que les avantages que l'individu aurait pu en tirer. Cette analyse qui

doit être relativisée⁴²⁸, peut néanmoins être transposée dans toutes les branches du droit. De l'effet dissuasif de la sanction prononcée en cas de manquement à une règle préventive du surendettement, dépend directement l'efficacité de la prévention du surendettement des particuliers. Ainsi, la sanction juridique doit revêtir certaines modalités, mais la plus importante étant certainement celle de la connaissance par les individus de la sanction juridique. Dans cette perspective, les dispositions du droit de la consommation sont plus efficaces et assurent ainsi une meilleure efficacité de l'effet dissuasif de la sanction juridique. En effet, si la connaissance de la sanction juridique par les parties au contrat est importante dans l'effet dissuasif de la sanction (1), force est alors de constater que la sanction de droit commun, pour manquement à l'obligation de mise en garde, souffre de l'interdiction qui est faite au juge de le relever d'office (2).

1. La connaissance de la sanction par les parties au contrat comme condition de l'effet dissuasif de la sanction

206. Le Professeur Jean Rivero met en exergue que, « c'est avant tout de la sanction elle-même que dépend l'efficacité de la dissuasion »⁴²⁹ et, qu'à ce titre, la sanction aura un effet dissuasif si elle réunit trois critères cumulatifs. De prime abord, il souligne que cet effet dissuasif de la sanction juridique est directement lié à sa connaissance par « ceux qu'elle risque de frapper ». On touche ici à l'idée de clarté de la sanction édictée en ce sens que : « (...) la sanction, elle ne sera dissuasive que si la règle est formulée de façon assez claire pour que ceux qu'elle concerne sachent exactement ce qu'elle commande ou ce qu'elle interdit ». Par ailleurs, le Professeur Jean Rivero relève, qu'à cette connaissance de la sanction, il faut rajouter l'élément de crédibilité de la sanction encourue. Plus exactement, l'effet dissuasif de la sanction dépend

⁴²⁸ L'effet dissuasif de la sanction en droit pénal est à nuancer car si tel était pleinement le cas il n'y aurait plus ou presque de délinquance. On peut dans le cadre de la criminalité prendre l'exemple de la peine de mort dans certains Etats qui ne fait pas pour autant diminuer le taux de criminalité, v. S. JACOPIN, Droit pénal général, *BREAL*, 2^e éd., 2014, 460 pages.

⁴²⁹ J. RIVERO, « *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique* », in Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz, 1985, p. 675 à 685.

directement de la probabilité selon laquelle elle interviendra pour manquement à la norme juridique. C'est-à-dire que, plus la personne assujettie à la norme contraignante a de chance de se voir sanctionnée pour un éventuel manquement, plus l'effet dissuasif de la sanction sera important. A l'inverse, si le prononcé de la sanction relève de l'utopie, alors l'effet dissuasif de la sanction sera quasiment nul. Enfin, l'auteur explique que la sanction aura un effet dissuasif si elle est en « adéquation avec la psychologie de ceux qu'elle vise ». Il met ainsi en lumière que cette adéquation de la sanction avec la psychologie de ceux qu'elle vise est plus importante que la rigueur de la sanction. Il souligne à ce titre que la sanction aura un effet dissuasif si elle « est adaptée à la mentalité, au mode de vie, aux préoccupations de ceux qu'elle entend dissuader, de telle sorte qu'elle apporte dans leur existence une perturbation qu'ils ont tout intérêt à éviter ».

207. Dès lors, une sanction aura un effet dissuasif si elle est connue des personnes qu'elle vise. Il convient de relever qu'il est également important que cette sanction soit connue à la fois par la personne qu'elle vient sanctionner mais également par la personne qu'elle vient protéger. En effet, la personne à qui bénéficient les règles préventives peut augmenter l'effet dissuasif de la sanction si elle a connaissance de celle-ci et qu'elle fait part de cette connaissance à son cocontractant. Par ailleurs, cette sanction doit être crédible, c'est-à-dire que son prononcé ne doit pas relever de l'abstraction. Ainsi, elle doit pouvoir être facilement prononcée si tous les éléments de manquements à la règle qu'elle vient protéger sont réunis. Enfin, elle doit venir perturber la personne qui manquerait à la norme juridique. Autrement dit, la personne à qui elle s'adresse doit retirer plus d'inconvénients au prononcé de la sanction que d'avantages à violer la règle juridique. C'est, par exemple, le cas d'une amende dont le montant est dérisoire par rapport au bénéfice tiré du manquement à la règle juridique. En effet, si le manquement à la norme juridique permet un gain important et que, le montant de l'amende encourue en cas de manquement à cette norme est minime, la sanction aura un effet dissuasif très limité. C'est-à-dire que, mis en balance, la perte en cas de prononcé de la sanction, doit être

nettement supérieure au gain qu'on peut tirer du manquement à la règle juridique.

208. L'analyse des sanctions mises en place par le droit de la consommation, d'une part, et par le droit commun des obligations, d'autre part, à l'aune de la théorie développée par le Professeur Jean Rivero, fait apparaître des disparités quant à l'efficacité de leur effet dissuasif. Ainsi, s'il est permis d'affirmer que tant la sanction par le versement de dommages et intérêts du droit commun des obligations, que la perte du droit à la perception des intérêts du droit de la consommation, sont en adéquation avec la psychologie de ceux qu'elles visent, la même observation ne peut être faite quant aux deux autres critères énumérés par l'auteur. Il apparaît, en effet, que ces sanctions viennent, l'une comme l'autre, suffisamment perturber le prêteur dans son activité professionnelle et ainsi le dissuader de manquer à ses obligations. Néanmoins, relativement au critère de la crédibilité et de connaissance de la sanction, nous constaterons que le régime de la sanction édictée par le droit de la consommation rend celle-ci plus dissuasive que le droit commun des obligations.

2. L'interdiction pour le juge de relever d'office le manquement à l'obligation de mise en garde

209. Dans le cadre de la prévention du surendettement des particuliers, le critère de la connaissance de la sanction juridique et celui de sa crédibilité semblent indissociables. En ce sens que, s'il est indéniable que les prêteurs professionnels ont connaissance des sanctions qu'ils encourent pour manquement à leurs obligations, une telle analyse ne peut être tenue à l'égard de l'emprunteur. Ainsi, ce qui vient pallier cette méconnaissance de l'emprunteur des sanctions encourues par le prêteur en cas de manquement à ses obligations, tient justement dans la crédibilité de la sanction. En effet, peu nombreuses sont les personnes qui ont connaissance de ces mesures préventives, et plus généralement, comme le relève le Professeur Philippe Malinvaud,

« même les praticiens du droit (...) ne sauraient prétendre connaître l'ensemble des règles du droit positif ; au mieux, ils connaissent la matière dont ils sont spécialistes et qu'ils pratiquent habituellement »⁴³⁰. Fort de ce raisonnement, et souhaitant rendre la protection du consommateur la plus effective possible, le législateur est venu poser une règle procédurale générale à l'ensemble du droit de la consommation, selon laquelle le juge peut relever d'office tout manquement des professionnels aux dispositions du Code de la consommation⁴³¹. Ainsi, lorsque le juge se trouve face à un litige dans lequel il constate un manquement à une disposition consumériste, il est dans l'obligation de le relever et de statuer sur ce manquement. Cette possibilité offerte au juge est codifiée à l'article L. 141-4 du Code de la consommation selon lequel : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Cette règle est particulièrement importante dans l'efficacité de l'effet dissuasif de la sanction juridique. En effet, puisque les consommateurs n'ont pas connaissance de ces sanctions⁴³², le relevé d'office de ces manquements par le juge joue un rôle important. Cette disposition est d'autant plus importante que les litiges relatifs au crédit à la consommation relèvent exclusivement de la compétence des Tribunaux d'instance. Or, puisque le recours à un avocat n'est pas obligatoire devant cette juridiction⁴³³, si le juge ne pouvait pas relever d'office les manquements des prêteurs aux obligations édictées par le Code de la consommation, cela réduirait considérablement l'effet dissuasif de la sanction juridique, qui perdrait ainsi en crédibilité. En effet, puisque le consommateur ne connaît pas le droit de la consommation et que ce dernier, par manque de moyens financiers ou de connaissances, ne recourt pas à

⁴³⁰ Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 2013, 14^e éd., 503 pages, n° 114.

⁴³¹ Article 34 de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs : *JO* n° 0003 du 4 janvier 2008, p. 258.

⁴³² On considère en effet, que très peu de consommateurs-emprunteurs ont connaissance de la déchéance du droit aux intérêts qu'encourt le prêteur en cas d'absence de bordereau de rétractation associée à l'offre de crédit. Cette remarque peut d'ailleurs être étendue à l'ensemble des dispositions consuméristes relatives au crédit.

⁴³³ L'article 828 du Code de procédure civile dispose que : « Les parties peuvent se faire représenter ou assister par : - un avocat (...) ». L'utilisation du verbe pouvoir signifie bien qu'il s'agit d'une faculté et non d'une obligation.

L'office d'un avocat et, par conséquent, ne bénéficiera pas de ses conseils avisés, la sanction pour un manquement du prêteur à ses obligations consuméristes relèverait alors de l'utopie. Dès lors, relativement à l'étude menée par le Professeur Jean Rivero, il est possible d'affirmer que, si la sanction est méconnue de la personne à qui elle profite, elle n'en reste pas moins crédible, puisque le créancier, ne sachant pas si un litige naîtra du contrat de prêt ou de cautionnement, aura tout intérêt à respecter ses obligations car le juge pourra relever d'office un tel manquement.

210. En revanche, si le même constat d'ignorance peut être relevé à l'égard des bénéficiaires de l'obligation de mise en garde, les conséquences sont plus fâcheuses en droit commun des obligations. En effet, à moins de recourir aux conseils d'un avocat, l'ignorant ne pourra pas, ici, bénéficier du relevé d'office du juge d'instance qui n'a pas cette compétence au regard des dispositions du Code civil. En réalité, les conséquences sont à diviser en deux catégories puisque, depuis la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, le devoir d'explication et l'obligation de vérifier la solvabilité de l'emprunteur, tendent à remplacer, tout du moins pour les consommateurs-emprunteurs, l'obligation de mise en garde. Dès lors, pour tout contrat de crédit à la consommation conclu après l'entrée en vigueur de la loi « Lagarde », entre un emprunteur-consommateur et un créancier professionnel, c'est la règle précédente qui s'applique, selon laquelle le juge peut relever d'office lesdits manquements. En revanche, pour tout contrat de crédit à la consommation conclu avant l'entrée en vigueur de la loi « Lagarde », à moins d'avoir recours aux conseils d'un avocat, la partie que l'on tend à protéger aura très peu de chance d'assigner le prêteur pour manquement à son obligation de mise en garde. La crédibilité de la sanction est donc ici moins forte que celle édictée en droit de la consommation, non pas en raison de son contenu et de ses modalités, mais en raison des règles procédurales qui l'accompagnent.

PARTIE II.

LA RECONCEPTUALISATION DU DROIT DU SURENDETTEMENT AU BÉNÉFICE DE SA PRÉVENTION

211. Dans la perspective de déterminer la nature réelle du droit du surendettement il est nécessaire de redéfinir, en occultant les postulats existants, les actes dans lesquels un débiteur va encourir un risque de surendettement. Par ailleurs, il doit également être défini, en usant de la même méthode, quels sont les débiteurs vulnérables face au risque de surendettement. Ces redéfinitions, loin d'être inutiles, présenteront l'avantage de mettre en lumière que le droit de la consommation, auquel est en réalité artificiellement rattaché le droit du surendettement, vient sensiblement limiter l'efficacité des mesures préventives existantes mais qu'il vient également réduire le développement de celles-ci.

212. Constatant que l'influence du droit de la consommation sur le droit du surendettement des particuliers, et plus précisément sur sa prévention est préjudiciable (Titre 1), c'est la nature même de celui-ci qui est remise en question. Dérogatoire du droit commun, venant en aide aux plus démunis ne pouvant plus faire face à leur endettement, quelque soit sa nature ou presque, à quel droit convient-il de rattacher le droit du surendettement ? Ce questionnement permettra de déterminer que la réponse à une prévention qui serait plus en cohérence avec les causes du surendettement, mais également avec les personnes qui y sont vulnérables, se trouve en réalité dans les règles procédurales du traitement du surendettement des particuliers. Or, celles-ci mettent nettement en lumière la nature pluridisciplinaire du phénomène du surendettement, si bien qu'une approche transversale de celui-ci, et non cantonné au droit de la consommation, constituerait un remède contre l'inefficacité de sa prévention (Titre 2).

TITRE I.

LES CONSÉQUENCES DE L'APPROCHE CONSUMÉRISTE DU SURENDETTEMENT SUR LA CONCEPTUALISATION DE LA PRÉVENTION

213. Le droit de la consommation est défini comme étant le « nom donné à l'ensemble des lois spéciales destinées à assurer la protection du consommateur soit, avant qu'il ne s'engage, soit dans les conditions de son engagement, soit dans l'exécution du contrat et plus généralement à l'ensemble des mesures et institutions destinées à sauvegarder sa santé, sa sécurité et ses intérêts économiques »⁴³⁴.

214. Ainsi, le droit de la consommation a pour dessein d'offrir une protection au consommateur dans l'objectif de promouvoir et de développer la consommation. L'un est en réalité le corolaire de l'autre puisque, la protection offerte au consommateur agit comme un moteur poussant celui qui est protégé à consommer. Autrement dit, se sentant sécurisé dans ses actes de consommation, le consommateur va consommer davantage ou, tout du moins, plus facilement. Ainsi, le droit de la consommation n'a vocation à agir que dans les relations entretenues entre un consommateur et un professionnel.

215. Le droit du surendettement a, quant à lui, vocation à venir en aide aux particuliers, remplissant les conditions d'éligibilité, ne pouvant plus faire face à l'ensemble de leurs dettes non professionnelles exigibles et à échoir. Or, peut-on considérer que le droit du surendettement relève du droit de la consommation, puisque ce serait affirmer, d'une part, que les dettes non professionnelles sont nécessairement des dettes issues d'un acte relevant du droit de la consommation mais également que le consommateur peut recevoir la même définition que le particulier. Il semble, en effet, qu'il existe une confusion préjudiciable entre les notions d'endettement et de crédit (Chapitre 1) mais également entre la personne vulnérable au risque de surendettement et le consommateur (Chapitre 2).

⁴³⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, 2^e éd. V° Consommation _ (Droit de la).

CHAPITRE I.

LA CONFUSION PRÉJUDICIALE DES NOTIONS D'ENDETTEMENT ET DE CRÉDIT

216. Orientées vers le contrat de crédit dès la première législation, les mesures de prévention du surendettement se sont uniquement développées dans cette approche. Ainsi, tant le rapprochement des « lois Scrivener »⁴³⁵ avec la loi « Neiertz »⁴³⁶, que l'intégration de la législation sur le surendettement dans le Code de la consommation ne sont pas sans effets sur le développement et, par conséquent, sur l'efficacité des mesures préventives.

217. La mise en lumière d'une confusion existant entre les notions d'endettement et de crédit (Section 1) permettra de souligner que la prévention élaborée dans cette approche unique est vouée à un relatif échec. En effet, l'acte de crédit est certes un moyen pour les particuliers d'accéder plus facilement et plus rapidement à des biens de consommation, mais il est également, pour beaucoup, un moyen de retarder la chute dans le surendettement. Autrement dit, pour certains particuliers le crédit peut, dans un premier temps, constituer un remède, voir une mesure de prévention (sic !), à un état de surendettement imminent. Cette confusion doit semble-t-il être rejetée (Section 2) en ce qu'elle oriente mal la prévention du surendettement. Si la prévention dans le cadre du crédit n'est pas inutile, elle s'avère insuffisante face à la pluridisciplinarité du surendettement, entraînant une prévention inadaptée face au phénomène qu'elle tente de prévenir.

⁴³⁵ Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit et la loi n°79-596 du 13 juillet 1979, dite « Scrivener 2 », relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier : *prés.*

⁴³⁶ Loi « Neiertz » n° 89-1010 du 31 déc. 1989, relative à la prévention et aux règlements des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles : *prés.*

SECTION I.

LES MANIFESTATIONS DE LA CONFUSION ENTRE LES NOTIONS D'ENDETTEMENT ET DE CRÉDIT

218. La prévention d'un phénomène nécessite que ce dernier soit bien identifié afin que celle-ci soit efficiente. En effet, de telles mesures sont vaines si elles ne visent pas directement les causes qui sont à l'origine du phénomène contre lequel on entend lutter, mais également ces mesures perdent de leur intérêt lorsqu'elles se bornent à ne prendre en compte qu'une partie de ces causes.

219. Dans la perspective d'identifier les raisons qui sont à l'origine de l'échec de la prévention du surendettement, il est nécessaire de procéder à la recherche d'une définition de celle-ci (§1). Cette démarche permettra de démontrer que le législateur, depuis la loi du 31 décembre 1989 en se reposant sur la protection offerte à l'emprunteur par les lois « Scrivener » en qui concerne la prévention, a mis en place une confusion préjudiciable entre les notions d'endettement et de crédit (§2). Loin de soulever les critiques, cette confusion semble entretenue par la doctrine (§3).

§ 1. LA RECHERCHE D'UNE DÉFINITION DE LA PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS

220. A l'image d'un balancement entre cause et conséquence, l'efficacité de la prévention contraint de procéder à sa définition. Or, si la prévention vise les causes du surendettement, le traitement vise, quant à lui, ses conséquences. De

la sorte, puisqu'il n'existe aucune définition de la prévention, il convient de partir de la définition légale de la situation de surendettement (A). Celle-ci permettra de déterminer le champ d'application dans lequel doit opérer la prévention afin que l'on puisse tenter de la définir (B).

A. LA DÉFINITION LÉGALE DE LA NOTION DE SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS

221. C'est le législateur de 1989 qui, pour la première fois, a donné une définition de la notion du surendettement des particuliers en considérant que : « La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir »⁴³⁷. Sans que son sens premier n'ait été modifié, cette définition a néanmoins été remaniée par des précisions découlant des lois dites « Borloo » et « Lagarde » de 2010. La première est venue préciser ce que constitue une dette non professionnelle et peut donc caractériser une situation de surendettement la dette née de l'engagement donné par une personne physique de bonne foi « de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société »⁴³⁸. Le législateur est également intervenu en 2010⁴³⁹ pour préciser qu'une situation de surendettement peut être caractérisée quand bien même le débiteur en difficulté serait propriétaire de l'immeuble constituant sa résidence principale⁴⁴⁰. Cette définition, codifiée à l'article L. 330-1 du code de la consommation, considère donc que la situation de surendettement est constituée dès lors que le débiteur doit faire face à un endettement excessif par rapport à l'ensemble de ses ressources et de ses biens. Il est de jurisprudence constante de considérer que « l'impossibilité pour le débiteur de bonne foi de faire face à ses

⁴³⁷ Article 1 de la loi du 31 décembre 1989, *op. cit*

⁴³⁸ Article 35 de la loi du 1^{er} août 2003, *op. cit.*

⁴³⁹ Loi du 1^{er} juillet 2010 dite « Lagarde », *op.cit.*

⁴⁴⁰ Article 44 de la loi du 1^{er} juillet 2010, *op. cit.*

dettes non professionnelles exigibles et à échoir », doit s'apprécier au regard de « l'ensemble des ressources et des biens du débiteur »⁴⁴¹. Cette évaluation de la situation de surendettement qui relève des juges du fond⁴⁴², suppose que soient mis en parallèle tous les éléments de l'actif (1) et tous les éléments du passif (2) du patrimoine du débiteur.

1. La détermination de l'actif patrimonial

222. L'actif patrimonial intègre toute forme de ressource, c'est-à-dire le revenu obtenu suite à l'exercice d'une activité professionnelle, les revenus financiers, les rentes, les pensions, etc.. La Cour de cassation a d'ailleurs rapidement posé comme principe que peu importait, pour être prise en compte dans l'évaluation de la situation du débiteur, que la ressource dont il était question soit ou non imposable⁴⁴³. De même, toujours selon la motivation employée par la Cour de cassation en 1992⁴⁴⁴, l'actif comprend également tous les biens meubles et immeubles du débiteur. Peu importe également que ce bien soit un bien de la communauté entre époux ou un bien indivis⁴⁴⁵.

223. Le point qui a soulevé le plus de discussion, dans l'évaluation de l'actif du patrimoine d'un débiteur en difficulté, portait sur la question de savoir si l'actif immobilier devait être pris en compte, plus précisément si l'immeuble dont il s'agit constitue la résidence principale du débiteur. Une certaine inégalité existait entre les débiteurs du fait d'une appréciation différente de la solvabilité d'un débiteur propriétaire de son logement principal par les commissions de surendettement. En effet, tandis que certaines prenaient en compte dans cette

⁴⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1992, n°91-04.107 : *Contrats, conc., consom.* 1997, n° 17, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 1993. 369, obs. G. PAISANT.

⁴⁴² Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991 : *Contrats, conc., consom.* 1992, n°19, obs. G. RAYMOND ; Cass. 1^{re} civ., 10 février 2005 : *Contrats, Conc., Consom.* 2005, n° 121, note G. RAYMOND.

⁴⁴³ Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1992 : *Bull. civ.* I, n° 57, *D.* 1992. IR 36, *RTD com.* 1992. 455, note G. PAISANT. Il s'agissait, dans le cas de l'espèce, d'une pension de guerre versée par l'Etat au débiteur et qui, de part sa nature, est une ressource non imposable.

⁴⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1992 : *préc.*

⁴⁴⁵ Cass. 2^e civ., 16 oct. 2003 : *Bull. civ.* II, n° 313 ; *JCP G* 2003. IV. 2913 ; *RTD com.* 2004. 165, obs. G. PAISANT.

évaluation la valeur vénale du bien dans l'actif du patrimoine et, dans le passif le coût du relogement et, éventuellement, des difficultés à vendre le bien, d'autres, en revanche, excluait de manière systématique tout candidat à une procédure de surendettement dès lors que ce dernier était propriétaire de son logement. Afin de mettre fin à cette inégalité, la Cour de cassation est d'abord venue préciser que la valeur vénale d'un immeuble en propriété devait être prise en compte dans l'évaluation de l'actif du débiteur⁴⁴⁶ mais qu'il fallait également déduire de cette valeur vénale le coût de l'aliénation de celui-ci ainsi que la charge engendrée par cette vente dans le relogement du débiteur et éventuellement de sa famille⁴⁴⁷. Autrement dit, la Cour de cassation vient ici à la fois protéger les intérêts des créanciers et préserver également le débiteur d'une mesure qui pourrait certes, désintéresser une partie de ses créanciers, mais augmenter les charges du débiteur déjà en difficulté⁴⁴⁸. Or, comme le rappelle sagement la Cour d'appel de Nancy en 2007, « la loi sur le surendettement n'a pas pour objectif d'expulser les bénéficiaires de leur logement principal mais plutôt de leur permettre de se rétablir en imposant l'étalement de leur dette ». Cette jurisprudence constante a été consacrée dans l'article L. 330-1 du code de la consommation, par la loi « Lagarde »⁴⁴⁹. L'actif patrimonial est ainsi considéré dans son sens le plus large et comprendra alors toutes les ressources disponibles et tous les biens, meubles ou immeubles, du débiteur.

⁴⁴⁶ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998 : *Bull. civ.* I, n° 342.

⁴⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2001 : *Bull. civ.* I, n° 148 ; *RTD com.* 2001. 780, note G. PAISANT ; Cass. 2^e civ. 10 mars 2005 : *Bull. civ.* II, n° 67 ; *Gaz. Pal.* 26/27 juill. 2006, *jurispr.* p. 18, note S. LEDAN ; *JCP G* 2005. IV. 1928 ; *Rev. proc. coll.* 2006, comm. 3, note S. GJIDARA-DECAIX.

⁴⁴⁸ Dans certains cas, le montant de remboursement d'un crédit immobilier peut être inférieur au coût d'un bail locatif, et donc laisser plus de trésorerie au débiteur pour assumer un plan de rétablissement. Cela est d'autant plus accentué lorsque le débiteur propriétaire de l'immeuble n'est plus lié par un crédit immobilier pour le financement de ce dernier et ne doit plus qu'assumer des charges fiscales pour se loger. Par ailleurs, il en va de même si le montant des échéances dues au titre d'un prêt immobilier représente un coût équivalent à des charges locatives. De surcroît, on évite ainsi l'apparition d'un sentiment de punition ou d'exclusion que pourrait ressentir le débiteur à qui on vient saisir ou vendre son immeuble.

⁴⁴⁹ Loi du 1^{er} juillet 2010, *op. cit.*

2. La détermination du passif patrimonial

224. Le passif patrimonial intègre, quant à lui, toutes les dettes et les charges du débiteur. En effet, le but recherché ici est de déterminer la capacité de remboursement du débiteur en difficulté. Deux catégories se dessinent alors dans ce passif car il faut d'une part, évaluer le montant des dettes à proprement parler mais également déterminer le montant des charges incompressibles auxquelles doit faire face le débiteur pour subsister. Selon la formule employée par le législateur, le passif comprend « toutes les dettes non professionnelles exigibles et à échoir »⁴⁵⁰, mais également, toute dette résultant d'un contrat de cautionnement lorsque celui n'est pas contracté pour le besoin de l'activité professionnelle du débiteur. Autrement dit, c'est la nature non professionnelle de la dette qui détermine si celle-ci relève ou non de l'évaluation du surendettement du débiteur.

225. La jurisprudence est venue préciser que le terme de dette est employé par le législateur dans son sens le plus large, sans qu'il n'y ait lieu de distinguer les dettes « courantes » de celles nées d'une opération de crédit⁴⁵¹. Les dettes courantes s'entendent de toutes les charges incompressibles auxquelles doivent faire face les individus, autrement dit le coût d'un loyer, des éventuelles charges de copropriété, des factures d'eau, d'électricité ou encore de gaz, mais encore toutes taxes et impôts. On ne s'attache pas ici à la nature de la dette, peu importe donc que celle-ci soit unique⁴⁵², commune aux époux⁴⁵³ ou encore fiscale⁴⁵⁴. En effet, la Cour de cassation est venue rappeler que la prise en

⁴⁵⁰ Article L. 330-1 du code de la consom. : *préc.*

⁴⁵¹ Paris, 13 nov. 1990 : *D.* 1992. somm. 105, obs. B. BOULOC et P.-L. CHATAIN.

⁴⁵² Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993 : *RTD com.* 1993. 370, obs. G. PAISANT. La situation de surendettement résultant de l'existence d'une dette unique est rare mais ne se réduit pas, pour autant, au seul cas d'école. En effet, la dette née du cautionnement de la dette d'un entrepreneur individuel ou de celle d'une personne morale, peut suffire à faire tomber une caution en situation de surendettement.

⁴⁵³ Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992 : *Contrat, conc., consom.* 1992, n° 145, obs. G. RAYMOND ; Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1993 : *Bull. civ.* I, n° 181.

⁴⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2002 : *Bull. civ.* I, n° 196 ; *D.* 2002. AJ. 2603, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Contrats, conc. consom.* 2002, n° 180, note G. RAYMOND ; *RTD com.* 2002. 732, obs. G. PAISANT. Depuis la loi Borloo de 2003, les dettes fiscales peuvent faire d'un rééchelonnement dans les mêmes conditions que les autres dettes.

compte des différentes dettes dans l'évaluation du surendettement d'un débiteur n'est pas subordonnée au fait que lesdites dettes relèvent ou non de l'application de l'article L. 331-7 du Code de la consommation⁴⁵⁵. Cette précision jurisprudentielle revêt une importance particulière dans la mesure où il faut distinguer d'une part l'évaluation du passif du débiteur et, d'autre part, l'éligibilité des dettes à des mesures de remise, de rééchelonnement ou encore d'effacement. Depuis la loi Borloo de 2003, seules trois catégories de dettes échappent au pouvoir de la commission de surendettement en vue de l'élaboration du plan de redressement : « les dettes alimentaires », les dettes nées d'une « réparation pécuniaire allouée aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale » et les « amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale »⁴⁵⁶.

226. On voit bien que le but recherché, tant par le législateur que par la jurisprudence, est de globaliser la situation patrimoniale du débiteur en difficulté. On ne peut que se rallier à cette position en ce qu'elle répond pleinement à l'objectif de la législation sur le surendettement des particuliers qui n'est pas celui d'effacer les dettes du débiteur en difficulté au détriment des droits de ses créanciers, mais plutôt de proposer un aménagement de celles-ci dans le but de permettre au débiteur de faire face à ses engagements et de satisfaire au mieux l'ensemble de ses créanciers.

⁴⁵⁵ Cass. 2^e civ., 22 mars 2006 : *Bull. civ.* II, n° 88 ; *D.* 2006. AJ. 1368, obs. C. RONDEY ; *RTD com.* 2006. 678, obs. G. PAISANT ; *JCP G* 2006. IV. 1912 ; *Dr. et part.* juin 2007. 90, obs. F. MACORIG-VENIER.

⁴⁵⁶ L'article L. 333-1 du code de la consommation précise que ces dettes peuvent faire l'objet de remises, de rééchelonnements ou d'effacements à la condition d'obtenir le consentement du créancier, à l'exclusion des amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale qui ne peuvent faire l'objet d'aucun aménagement.

B. LA PROPOSITION D'UNE DÉFINITION DE LA PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS

227. Le Littré⁴⁵⁷ définit la prévention comme le fait d'aller « au-devant de quelque chose pour le détourner », c'est-à-dire, empêcher la chose ou le phénomène de se produire. Ainsi, en évoquant des règles de prévention du surendettement, on vise les mesures qui ont pour but d'empêcher le débiteur de tomber en situation de surendettement. Dès lors, cette lutte doit se dérouler à la fois au moment de l'acte qui entraîne une dette mais également au cours de l'exécution dudit acte. En effet, on imagine aisément le risque encouru au moment de l'engagement du débiteur dans un acte d'endettement, mais celui-ci est tout aussi présent lorsque, sans être dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes exigibles et à échoir, le particulier se retrouve en difficulté. Il existe donc deux phases dans lesquelles les règles préventives devront intervenir.

228. Selon le Dictionnaire de la culture juridique⁴⁵⁸, le mot dette est issu du mot latin *debita*, participe passé de *debere* qui signifie « devoir ». Mme Gjidara précise que, dans son sens juridique, la dette est « souvent présentée comme un synonyme de l'obligation, en ce qu'elle constitue un lien de droit en vertu duquel le débiteur est tenu de fournir une prestation déterminée à son créancier ». Un courant doctrinal rejette l'assimilation de l'obligation à la dette, en ce que la deuxième serait la conséquence de l'existence de la première⁴⁵⁹. Autrement dit, c'est l'existence de l'obligation qui entraîne la dette du point de vue de débiteur. Cette distinction revêt une certaine importance dans notre développement en raison du fait qu'une dette ne découle pas forcément de l'existence d'une obligation. Pour reprendre l'exemple donné par les auteurs⁴⁶⁰,

⁴⁵⁷ « Le nouveau petit Littré », ss la direction de C. BLUM, éd. Garnier, 2009, 2280 pages.

⁴⁵⁸ S. GJIDARA, *Dictionnaire de la culture juridique*, ss. Dir. D. ALLAND et St. RIALS, v° *Dette*, p. 368, PUF, 2003, 1649 pages.

⁴⁵⁹ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p. 1 et s.

⁴⁶⁰ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes : Op. cit.*

l'impôt est une dette qui ne découle pas d'une obligation. Considéré en tant que tel dans le patrimoine d'un citoyen déterminé, l'impôt constitue sans aucun doute une dette, un élément d'appauvrissement du patrimoine considéré. Néanmoins, cette dette n'est pas la conséquence de l'existence d'une obligation mais procède de l'exercice d'une prérogative de puissance publique de la part de l'État. En témoigne la définition, devenue classique, formulée par Monsieur le professeur Gaston Jèze selon laquelle l'impôt serait « une prestation pécuniaire requise des particuliers par voie d'autorité, à titre définitif et sans contrepartie dans le but d'assurer la couverture des charges publiques⁴⁶¹ ». L'impôt s'analyse alors comme étant le résultat d'un prélèvement obligatoire⁴⁶² et non comme étant le résultat de l'exécution d'une obligation.

229. Dès lors, les mesures de prévention du surendettement des particuliers peuvent s'entendre de toutes les règles législatives ou jurisprudentielles ayant pour but d'éviter que le débiteur de bonne foi ne puisse plus faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. Les mesures de prévention doivent envisager toute forme d'endettement, que celui-ci résulte d'un acte de consommation, de l'exercice d'une prérogative de puissance publique par l'État ou par une collectivité territoriale, mais également de toute dépense nécessaire à la satisfaction de besoins élémentaires d'un individu. En effet, l'efficacité des mesures de prévention dépend directement de la capacité de ces dernières à balayer toutes les actions du débiteur ayant pour finalité d'appauvrir son patrimoine. Autrement dit, seule la législation qui envisage une prévention sur tout type d'acte, quelque soit sa nature mais qui donne naissance à une dette, sera pleinement efficace. Par ailleurs, cette efficacité dépendra également de la possibilité pour ces règles préventives d'intervenir dans les deux phases (engagement et exécution) qui représentent un risque par rapport au surendettement. Si le législateur se borne à prévenir un certain type d'endettement, ou si ce dernier se limite à une

⁴⁶¹ G. JEZE, *Cours de finance publique 1936-1937*, LGDJ, 1937, p. 38

⁴⁶² G. CORNU, *Vocabulaire juridique, v° Impôt*, PUF, 9^e éd., 2011, p. 522.

prévention qui intervient au moment où le débiteur contracte une dette, alors ce dernier ne sera que partiellement protégé. Néanmoins, force est de constater que le législateur français a d'une part, une nette tendance à ne prévenir que l'endettement issu du crédit, laissant ainsi de côté les autres formes d'endettement, et, d'autre part, à ne s'attacher qu'à la première phase de l'acte d'endettement, à savoir l'engagement du débiteur.

§ 2. LA CONFUSION LÉGALE DES NOTIONS D'ENDETTEMENT ET DE CRÉDIT

230. Face aux définitions de la prévention et du traitement du surendettement des particuliers, l'orientation législative qui est adoptée vient surprendre. En effet, alors que le législateur vient idéalement adopter une conception large de l'endettement du particulier surendetté, il abandonne cette approche au profit d'une vision étriquée de cet endettement dans la mise en œuvre de la prévention. Se met alors en place une confusion entre les notions d'endettement et de crédit par la construction législative du droit du surendettement (A). Loin d'être l'apanage du législateur français, cette confusion est largement partagée avec le législateur européen (B).

A. LA MULTIPLICITÉ DES INTERVENTIONS LÉGISLATIVES EN MATIÈRES DE SURENDETTEMENT – DE LA LOI « NEIERTZ » DE 1989 À LA LOI « BORLOO » DE 2003 –

231. Dans la perspective d'établir les origines de la confusion entre les notions d'endettement et de crédit, il est nécessaire de s'intéresser à la législation qui fait prendre naissance au droit du surendettement mais également à la loi de codification du droit de la consommation (1). Si, de premier abord, l'élargissement de la prévention aux actes de cautionnement semble déroger à cette confusion, il semble néanmoins qu'il s'inscrit dans la même

démarche législative en n'opérant pas de rupture dans l'amalgame des notions de crédit et d'endettement (2).

1. L'émergence d'un droit du surendettement et sa codification dans le Code de la consommation

232. Dès l'émergence du droit du surendettement, la confusion des notions d'endettement et de crédit prend racine (a) et celle-ci sera entérinée par la loi de codification⁴⁶³ portant création du Code de la consommation (b).

a. L'introduction de la confusion par la loi « Neiertz »

233. Cette loi du 31 décembre 1989, dite encore loi Neiertz⁴⁶⁴, s'intéresse tant aux causes du surendettement qu'à ses conséquences. L'action du législateur visait, d'une part, à trouver une solution pour les particuliers et les ménages déjà surendettés et, d'autre part, à mettre en place des mesures ayant pour finalité d'enrayer ou, tout du moins, de ralentir l'expansion de ce phénomène. Il faut d'ores et déjà préciser que le phénomène du surendettement n'était pas perçu de la même façon qu'aujourd'hui. En effet, il s'agissait, à l'époque, d'un fait nouveau, conséquence directe du développement de la société consumériste et venant frapper des particuliers tombés dans une frénésie de consommation. Ce mal ne concernait alors que des particuliers désireux d'acquisitions diverses, et qui, pour satisfaire leurs envies, s'endettaient par le biais de crédits divers, jusqu'à épuisement de leurs capacités de remboursement. Cette loi, qui consacre le droit du surendettement des particuliers, s'articule autour de trois titres⁴⁶⁵, mais c'est le titre deuxième qui retiendra ici notre

⁴⁶³ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation, *préc.*

⁴⁶⁴ Madame Véronique Neiertz, secrétaire d'État chargée de la consommation de 1988 à 1991, est à l'initiative de cette législation.

⁴⁶⁵ Le Titre 1 est consacré au « règlement des situations de surendettement des particuliers », le Titre 2 est relatif à « la prévention du surendettement des particuliers » et enfin le dernier Titre réunit les « dispositions diverses ».

attention en ce que ce dernier est entièrement consacré à la prévention du surendettement des particuliers. A cette fin, le législateur vient encadrer dans un formalisme toutes les pratiques qui ont pour conséquence l'endettement du consommateur. Sont ainsi visées les opérations de crédit telles que définies par l'article 2 de la loi du 10 janvier 1978⁴⁶⁶, mais également les contrats de cautionnement conclus par des personnes physiques qui viennent garantir les créances nées de tels crédits, les crédits immobiliers et les publicités relatives ces actes. Par ailleurs, afin de doter les établissements dispensateurs de crédit d'un outil leur permettant de mieux mesurer les capacités de remboursement de l'emprunteur, le législateur a instauré le fichier national des incidents de paiement (FICP) géré par la Banque de France. Ce fichier a pour but de recenser les informations sur les incidents de paiement liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels. Les établissements de crédit sont eux même chargés de déclarer ces incidents à la Banque de France qui a ensuite pour mission de centraliser ces informations.

234. On peut, d'ores et déjà, remarquer que dans l'esprit du législateur de 1989, la prévention du surendettement passe par l'encadrement de la formation et de l'exécution des crédits à la consommation et des crédits destinés à l'acquisition ou à la construction d'un immeuble d'habitation ainsi que des contrats accessoires qui en seront issus. Un lien indissociable entre la prévention du surendettement et le contrat de crédit semblerait avoir été mis en place, que les législateurs postérieurs n'auront de cesse de reprendre.

⁴⁶⁶ La loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit : *JO* 11 janv. 1978. Son article 2 dispose que : « *Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opération de crédit consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit. Elles visent en particulier les prêts d'argent, les contrats de location-vente ou de location assortie d'une promesse de vente et toutes les opérations de crédit liées à des ventes ou à des prestations de services, y compris les ventes et prestations de services dont le paiement est échelonné ou différé* ».

b. Le rattachement du droit du surendettement au droit de la consommation

235. Cette confusion introduite par le législateur de 1989 semble avoir été définitivement consacrée par le législateur de 1993 qui est venu codifier le Code de la consommation. Ce code, dont la naissance⁴⁶⁷ est issue de la loi du 26 juillet 1993, s'articule autour de cinq livres mais c'est le livre troisième dénommé « Endettement » qui va ici retenir notre attention. Ce livre regroupe quatre titres dont le premier est intitulé « Crédit à la consommation » ; le deuxième « Activité d'intermédiaire » ; le troisième « Traitement des situations de surendettement »⁴⁶⁸ ; le quatrième « Cautionnement »⁴⁶⁹. Ces quatre titres regroupent la majorité des règles mises en place dans un souci de protection du consommateur face au « mal endettement ». L'objectif ainsi recherché est d'instruire et d'informer le novice quant aux règles et rouages de la profession bancaire afin que ce dernier puisse donner un consentement éclairé et réfléchi. Or, nous pouvons constater, à l'instar de sa démarche entreprise lors de l'adoption de la loi du 31 décembre 1989, que le législateur vient à nouveau confondre les notions d'endettement et de crédit. En effet, le livre du Code de la consommation relatif à l'endettement n'aborde que les contrats de crédit et de cautionnement. Toutes les autres sources d'endettement telles que nous les avons vues sont passées sous silence et, force est de constater, qu'aucune prévention n'est mise en place pour ces formes d'endettement. Ce qui ressort de la lecture du Code de la consommation serait que seuls les contrats de crédit et de cautionnement sont source d'endettement et l'on ne peut que souligner la distorsion entre cette conception et la définition, pourtant législative, du passif patrimonial d'un débiteur.

⁴⁶⁷ La construction du Code de la consommation s'est faite en deux temps et correspond aux deux parties de celui-ci. La première partie législative est issue de la loi de 1993, alors que la deuxième partie réglementaire est issue du Décret n° 97-298 du 27 mars 1997.

⁴⁶⁸ Article 29 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative. Dans la rédaction issue de la loi de 1993, le titre troisième s'intitulait « Règlement des situations de surendettement ».

⁴⁶⁹ Le livre quatrième du titre III a été introduit par l'article 102 de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

236. D'après Madame Sauphanor-Brouillaud⁴⁷⁰, l'intégration des règles relatives au surendettement des particuliers dans le Code de la consommation trouve son origine dans la conception que l'on avait du surendettement en 1989. En effet, à cette date, le surendettement résultait de la souscription inconsidérée de nombreux emprunts par le débiteur et, par conséquent, l'intégration des dites règles dans le code de la consommation, et, plus précisément, dans le livre consacré à l'endettement, se justifiait pleinement. Le même constat ne peut plus être fait aujourd'hui puisque la nature du surendettement s'est nettement modifiée. Ce phénomène n'est plus intimement lié, comme nous allons tenter de le démontrer, à une consommation excessive de crédit.

237. Enfin, les titres choisis, pour regrouper les règles relatives au surendettement des particuliers dans le Code de la consommation, s'exposent à d'autres critiques. Ces intitulés « Endettement » puis, « Traitement des situations de surendettement », font complètement disparaître le volet prévention dans le droit du surendettement qui était pourtant contenu dans la loi de 1989. Ce constat est plus que regrettable dans le sens où, la lutte contre le surendettement serait plus efficace si on mettait l'accent sur la prévention au lieu de se borner au traitement de celui-ci. Cela découle de la pure logique et l'on peut même ici faire un parallèle avec la science médicale, qui, pour mettre fin ou, tout du moins, freiner l'expansion d'une épidémie, soigne certes les conséquences de cette dernière afin de soulager ceux qui en sont atteints, mais cherche avant tout un remède pour en soigner les causes. Ainsi, par ce choix opéré dans les titres lors de la codification de 1993, l'aspect préventif de la législation sur le surendettement des particuliers semble avoir été relégué au second plan, la nouvelle présentation mettant l'accent sur le traitement.

⁴⁷⁰ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La notion de surendettement », *in* acte du colloque sur « La prévention du surendettement des particuliers », *LPA*, 10 avril 2003, n° 72, p. 7.

c) Le maintien de la confusion dans les réformes législatives de 1995 et de 1998

238. La loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative adoptée le 8 février 1995⁴⁷¹ ainsi que la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions du 29 juillet 1998⁴⁷², viennent retoucher les dispositions mises en place par la loi Neiertz. Sans constituer des réformes substantielles du droit du surendettement, elles améliorent l'issue d'une procédure de traitement pour le débiteur surendetté⁴⁷³, mais elles restent silencieuses sur le volet préventif du droit du surendettement.

2. L'élargissement de la prévention du surendettement aux actes de cautionnement

239. C'est avec la loi dite « Borloo » du 1^{er} août 2003 que l'on peut constater un progrès dans la prise en compte de dettes qui ne sont pas subordonnées à l'existence d'un crédit octroyé à un particulier. En effet, le législateur de 2003 vient modifier l'article L. 330-1 et élargir ainsi la définition du surendettement des particuliers. Seront désormais prises en compte les dettes nées d'un cautionnement conclu dans le but de garantir « la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci »⁴⁷⁴. Outre le fait que les dettes nées dans les conditions précédemment exprimées seront prises en compte dans l'évaluation de

⁴⁷¹ Loi n° 95-125 du 8 févr. 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : *JO* 9 févr. 1995.

⁴⁷² Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : *JO* 31 juil. 1998.

⁴⁷³ G. PAISANT, « La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 » : *JCP G* 1995. I. 3844 ; G. RAYMOND, « Le surendettement des particuliers et des familles après la réforme après la réforme du 8 février 1995 » : *Contrats, conc., consom.* 1995, p. 13 ; A. GOURIO, « Réforme du droit du surendettement des particuliers. Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ; Titre II Chapitre 1^{er} » : *JCP G* 1998. act. n° 31-35 ; A. SINNAY-CYTERMANN, « La réforme du surendettement. Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions » : *JCP G* 1999. I. 106 ; G. RAYMOND, « Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles » : *Contrats, conc., consom.* 1999, chron. p. 13.

⁴⁷³ Article 35 de la loi du 1^{er} août 2003.

⁴⁷⁴ Article 35 de la loi du 1^{er} août 2003.

l'éligibilité d'un débiteur aux procédures de surendettement, la caution qui conclut un tel contrat se voit offrir une protection en vue de prévenir un endettement excessif⁴⁷⁵. Néanmoins les dispositions de la loi « Borloo » appellent à deux remarques, l'une relative à l'absence de rupture dans la confusion litigieuse et l'autre relative à l'inégalité qu'elles créent dans le traitement réservé aux cautions en cas de défaillance du débiteur principal.

240. La confusion établie entre les notions de crédit et d'endettement n'est pas complètement rompue en ce que le contrat de cautionnement est le contrat accessoire d'un contrat principal. Or, le cautionnement qui est ici visé par le législateur est, dans la majorité des situations, conclu pour venir garantir l'emprunt effectué par un entrepreneur individuel ou par une personne morale⁴⁷⁶. Dès lors, bien que l'on puisse remarquer un élargissement de la conception des causes du surendettement des particuliers, on ne peut pas, pour autant, parler de rupture dans la confusion des notions d'endettement et de crédit. En effet, bien souvent, les contrats de cautionnement sont souscrits comme garantie de la dette née d'un contrat de crédit.

241. Si la prise en compte de ce type de dette dans le cadre d'une procédure de traitement du surendettement est bienvenue, elle crée un déséquilibre entre les cautions au profit de la caution d'une personne morale. Il semble, en effet, que le législateur ait occulté l'un des deux risques qu'encourt une caution car il faut bien distinguer la défaillance du débiteur et la défaillance de la caution⁴⁷⁷. Si toutes les cautions reçoivent la même protection au moment

⁴⁷⁵ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique codifiées aux articles L. 341-2 et s. du code de la consommation : *JO* du 5 août 2003, p. 13449.

⁴⁷⁶ Une discussion pouvait être soulevée à l'égard de la nature professionnelle de ces dettes. En effet, les personnes qui se portent caution pour la dette d'une société sont souvent les dirigeants de celles-ci.

⁴⁷⁷ On peut encore une fois souligner la clairvoyance de nos juridictions qui dans le cadre de l'obligation de mise en garde ont bien mis en évidence ce double risque. En effet, la caution doit être mise en garde contre le risque excessif de son propre engagement, mais elle doit également être mise en garde contre le risque élevé d'être appelé en garantie (ce risque ce mesure au regard des capacités du débiteur de faire face à son engagement), v. *supra* n° 119.

de leur engagement⁴⁷⁸, le même constat ne peut être établi au regard du traitement qui leur est réservé au regard de la qualité du débiteur principal. Ainsi, dans le cadre de la procédure collective d'une personne morale, les mesures accordées au débiteur profitent aux cautions personnes physiques⁴⁷⁹. A l'inverse, dans le cadre de la procédure de surendettement d'une personne physique, les mesures accordées au débiteur ne viennent pas profiter à la caution⁴⁸⁰. De telle manière, la caution dirigeante qui se porte caution de la dette de son entreprise est à la fois largement protégée relativement à sa propre défaillance puisqu'elle pourra relever de la procédure instituée par le Code de la consommation, mais elle se trouve également préservée en cas de défaillance de sa société. Tel n'est pas le cas pour la caution d'un particulier puisque, si elle bénéficie de la procédure de surendettement pour sa propre défaillance, elle ne bénéficie d'aucune protection dans le cas d'une ouverture d'une procédure de surendettement du débiteur⁴⁸¹. La seule bienveillance à l'égard de la caution réside dans l'interdiction faite au juge de prononcer l'effacement d'une telle dette au profit du débiteur. Autrement dit, la créance de la caution reçoit la même protection que la créance alimentaire et celle née d'une réparation pécuniaire allouée à une victime dans le cadre d'une condamnation pénale⁴⁸².

⁴⁷⁸ Les dispositions instaurées par la « Dutreil » du 1^{er} août 2003 et codifiées à l'article L. 341-2 et suivants du Code de la consommation s'appliquent à toutes cautions personne physique sans qu'il y ait lieu de distinguer selon leur qualité d'averti ou non.

⁴⁷⁹ Voir les dispositions des articles L. 622-24 du Code de commerce.

⁴⁸⁰ V. C. MARIE, « Cautionnement et surendettement : une rencontre à risques », *Rev. proc. coll.* 2004, p. 348.

⁴⁸¹ L'explication de cette inégalité de traitement réside très certainement dans la qualité du créancier. En effet, dans le cadre d'un prêt octroyé à une société, le créancier est le plus souvent un professionnel qui peut ainsi plus facilement supporter la perte occasionnée par la défaillance du débiteur principal. Ainsi, plutôt que de préserver les intérêts d'un tel créancier le législateur a souhaité à juste titre, protéger la caution contre la survenance d'un état de surendettement en raison de l'exécution de son engagement et a donc fait bénéficier à la caution les mesures accordées au débiteur principal. A l'inverse, dans le cadre du cautionnement d'une personne physique le créancier est plus généralement un bailleur personne physique qui aura beaucoup plus de difficulté de faire face à la défaillance du débiteur principal. Or, si on fait bénéficier à la caution les mesures qui sont accordées au débiteur dans le cadre d'une procédure de surendettement, c'est alors au créancier d'assurer la perte et se trouver éventuellement face à risque de surendettement pour lui-même.

⁴⁸² Une telle position est on en peut plus équitable et nécessaire vis-à-vis de la caution. Néanmoins, elle peut avoir pour effet de faire retomber en situation de surendettement un débiteur qui a bénéficié d'une procédure de rétablissement personnel et, de surcroît, elle ne met pas la caution à l'abri de tomber en situation de surendettement. En effet, il est très peu probable qu'un débiteur ayant fait l'objet d'une procédure de rétablissement personnel puisse honorer sa dette envers la caution.

**B. LA TRANSPOSITION ATTENDUE DE LA DIRECTIVE EUROPÉENNE
RELATIVE AUX CRÉDITS À LA CONSOMMATION PAR LA LOI DU 1^{ER}
JUILLET 2010 PORTANT RÉFORME DU CRÉDIT À LA CONSOMMATION**

242. Le législateur européen n'est pas venu mettre en place un droit européen du surendettement. Il existe une directive européenne sur les procédures d'insolvabilités⁴⁸³ mais celle-ci ne vient pas s'appliquer au droit du surendettement⁴⁸⁴. De la sorte, c'est indirectement et notamment par le biais de sa législation relative au crédit à la consommation que le législateur européen aborde la question du surendettement et incite le législateur français à maintenir la confusion (1), qui sera effectivement conservée par la loi de transposition du 1^{er} juillet 2010 (2).

1. L'incitation au maintien de la confusion par le législateur européen

243. Il n'existe à l'heure actuelle aucune législation européenne venant régler le surendettement. Néanmoins, les institutions européennes ne sont pas insensibles à ce phénomène en ce qu'il vient directement heurter le bon fonctionnement du marché intérieur. Cette attention trouve une application dans plusieurs avis ou règlements, tels l'avis du Comité économique et social sur « le surendettement des ménages dans l'Union européenne », la plateforme européenne contre la pauvreté et l'exclusion sociale ou encore le Règlement n° 215/2007 de la Commission du 28 février 2007 portant mise en œuvre du Règlement N° 1177/2003 du Parlement et du Conseil relatifs aux statistiques communautaires sur le revenu et les conditions de vie (EU-SILC) en ce qui

⁴⁸³ Règlement CE n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilités.

⁴⁸⁴ Ce n'est pas tant que la directive exclue de son champ d'application les personnes physiques mais, selon son article 1, il vient s'appliquer à toutes « les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic ». Or, si certaines législations des Etats membres ont simplement ouvert les procédures réservées aux entreprises aux personnes physiques, tel n'est pas le cas de la France.

concerne la liste des variables cibles secondaires relatives au surendettement et à l'exclusion financière.

244. C'est donc indirectement que le législateur européen aborde le problème du « mal endettement » des particuliers, notamment à travers l'adoption de la directive 2008/48/CE du Parlement et du Conseil du 23 avril 2008⁴⁸⁵ concernant les crédits aux consommateurs. Il est précisé dans le préambule de cette directive que, malgré l'harmonisation maximale des législations des États membres qui est ainsi mise en œuvre, les États membres peuvent maintenir ou introduire des dispositions sur « les risques de défaut de paiement ou du surendettement »⁴⁸⁶. Il y est également affirmé que les règles mises en place ont non seulement pour objectif la création d'un véritable marché intérieur relatif aux crédits à la consommation mais aussi la protection du consommateur dans l'octroi de crédits excessifs.

245. Nonobstant le caractère indirect de l'intervention européenne sur le droit du surendettement, ces dispositions ne peuvent que venir influencer les législateurs des États membres quant à leur propre législation interne. Dès lors, on peut relever que le législateur européen incite à maintenir ce lien qui a été établi entre le crédit à la consommation et le surendettement. La loi du 1^{er} juillet 2010 qui vient transposer la directive de 2008 en est un parfait exemple.

2. La persistance de la confusion dans la réforme législative de 2010

246. La transposition de la directive européenne du 23 avril 2008 par la loi du 1^{er} juillet 2010, a été l'occasion pour le législateur français de modifier le régime du crédit à la consommation, mais également du crédit immobilier et du traitement du surendettement des particuliers. Au-delà de la regrettable

⁴⁸⁵ JO de l'Union européenne du 22 mai 2008.

⁴⁸⁶ Point 26 du préambule de la directive du 23 avril 2008, *préc.*

confusion que la loi maintient entre les notions de crédit et de surendettement, ce texte vient confondre également toute forme de crédit sous l'appellation « crédit à la consommation ». En effet, ce texte s'intitulant « réforme du crédit à la consommation » s'articule autour de six titres, dont le premier est relatif au crédit à la consommation à proprement parler, le deuxième au crédit immobilier et le quatrième aux procédures de traitement du surendettement des particuliers. Or, tant la législation européenne que la législation française, ont toujours précisé la différence de régime du crédit à la consommation et du crédit immobilier. Cette différenciation se justifie tant par le poids de l'endettement issu de ces deux actes, que par la durée de celui-ci mais également quant à la finalité qui n'est pas la même.

247. Si, à l'occasion, la transposition de la directive européenne de 2008 dans le droit français pour réformer le régime du crédit immobilier et celui du surendettement peut sembler opportune, nous déplorons néanmoins l'intitulé de la loi « Lagarde ». Il ne nous semble pas judicieux de vouloir regrouper sous la notion de crédit à la consommation des dispositions qui ont trait, d'une part, à d'autres formes de crédit et qui, par conséquent, nécessitent un régime spécifique et, d'autre part, des règles relatives au surendettement des particuliers dont la cause n'est pas réduite à cette forme d'endettement.

248. Il est intéressant de s'arrêter sur le choix opéré par les auteurs quant aux titres et contenus de leurs articles proposant une analyse ou une critique de la loi du 1^{er} juillet 2010. Celle-ci a fait l'objet de nombreux commentaires, mais seulement quelques analystes ont choisi de commenter globalement, tel que le propose le texte législatif, les dispositions relatives au crédit et celles relatives au surendettement⁴⁸⁷. En revanche, une grande partie des auteurs a décidé de

⁴⁸⁷ G. RAYMOND, « Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2010, n° 10, p. 11 ; A. GOURIO (ss la direction de), « La réforme du crédit à la consommation », *Dr. et patr.* 2010, n° 196, doss., p. 41.

scinder leurs études en analysant, soit les dispositions relatives au crédit⁴⁸⁸, soit celles relatives au surendettement⁴⁸⁹. Certains justifient le choix ainsi opéré au regard de l'intérêt que porte l'auteur sur tel ou tel volet de la loi, d'autres pensent que ce choix a été opéré afin de permettre une analyse approfondie de telle ou telle partie du texte législatif. Le deuxième de ces arguments peut facilement être contourné à la lecture des articles qui regroupent les différents volets du texte de loi. Le premier peut, quant à lui, être mis en difficulté à la lecture de deux articles proposés par le Professeur Stéphane Piedelièvre⁴⁹⁰ qui semble s'intéresser tant au crédit qu'au surendettement. Tout en intégrant ces différentes conclusions, nous pensons que cette fragmentation de l'analyse législative reflète l'idée sous-jacente selon laquelle il convient de dissocier les règles relatives au crédit de celles relatives au surendettement. Autrement dit, quand bien même le terme « volet » est employé pour distinguer les règles relatives au crédit de celles relatives au surendettement, et qui laisse ainsi supposer l'idée qu'elle font partie d'un « tout », cela veut-il pour autant dire que le droit du surendettement puisse seulement être rattaché au droit de la consommation ? Nous ne le pensons pas car, à bien y regarder, le droit du surendettement touche certes le droit de la consommation, mais ses effets sont également notables sur d'autres branches du droit, tels le droit commun des obligations, le droit de la famille, le droit de l'exécution, le droit des entreprises en difficultés, le droit des sûretés, le droit bancaire, etc....

⁴⁸⁸ A. GOURIO, « La réforme du crédit à la consommation », *JCP E* 2010, n° 29. 1675 ; N. REZEPECKI, « La réforme du crédit à la consommation », *LPA*, 23 juill. 2010, p. 7 ; « Crédit à la consommation. La réforme Lagarde : un mille feuille à la française ? », *Banque* 2010, n° 726, doss., p. 22 ; D. LEGAIS, « Loi du 1^{er} juillet sur le crédit à la consommation », *RTD com.* 2010. 584.

⁴⁸⁹ G. PAISANT, « Vingt et un an après : la nouvelle réforme des situations de surendettement par la loi n° 2010-737 sur le crédit à la consommation », *RTD com.* 2010. 800 ; P. BOUTEILLER, « La réforme du crédit à la consommation instituée par la loi du 1^{er} juillet 2010. Dispositions relatives au traitement des situations de surendettement », *RLDA* 2010, n° 52, p. 47.

⁴⁹⁰ Pour un article visant les règles relatives au crédit à la consommation, v. : S. PIEDELIEVRE, « La réforme du crédit à la consommation », *D.* 2010. 1952. Pour un article ne visant au contraire que les règles relatives au surendettement des particuliers, v. : S. PIEDELIEVRE, « Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers », *JCP E* 2010, n° 29. 1676 et *JCP G* 2010, n° 35. 858.

§ 3. L'ENTRETIEN DE LA CONFUSION PAR LA DOCTRINE

249. Ce qui peut frapper le jeune chercheur, au premier abord, est la quasi-inexistence d'ouvrage sur l'endettement des particuliers. Il existe un nombre d'ouvrages limité sur le droit du surendettement mais ceux-ci se cantonnent à exposer, non pas les règles préventives, mais les règles procédurales relatives au traitement des situations de surendettement. On retrouve les règles relatives à la prévention du surendettement dans les ouvrages consacrés au droit de la consommation dans lesquels, et ce de manière unanime, une partie est dédiée au surendettement des particuliers. De surcroît dans ces derniers, seule l'introduction de la partie réservée au traitement des situations de surendettement, aborde la question des règles préventives. Est-ce plus ou moins une conséquence indirecte de la codification de 1993 ?

1. L'endettement selon le Professeur Xavier Lagarde

250. Pour illustrer notre analyse, nous nous pencherons en premier lieu sur l'ouvrage du Professeur Xavier Lagarde, intitulé « L'endettement des particuliers »⁴⁹¹. Ce travail s'organise autour de deux parties, la première étant consacrée au droit positif et la deuxième au droit prospectif. Ce qui nous surprend à la lecture de la première partie consacrée au droit positif de l'endettement c'est que l'auteur tend à le limiter au contrat de crédit. Certes, il y est question de crédit au sens large, englobant ainsi toute forme de prêt d'argent, que ce soit un crédit à la consommation, un crédit immobilier, un crédit affecté ou encore un crédit renouvelable. Le premier titre énumère les différentes règles de formation du contrat de crédit et le deuxième s'attache à la réglementation de l'exécution du contrat de crédit. Or, nous retrouvons les règles relatives au traitement des situations de surendettement des particuliers dans ce titre deuxième dédié à l'exécution du contrat de crédit. Autrement dit, non seulement le lecteur est porté à croire que l'endettement ne trouve sa

⁴⁹¹ X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers*, Joly, 2^e éd., 2003.

source que dans le crédit mais est également sous-jacente l'idée selon laquelle une situation de surendettement est nécessairement le résultat de l'existence de contrats de crédit.

251. Seule une lecture approfondie de l'ouvrage nous permet de tempérer ce constat. En effet, dans l'introduction de son chapitre relatif aux procédures de surendettement, M. Lagarde analyse les causes du surendettement des ménages. Il y aborde, en toute logique le contrat de crédit mais également toutes les autres formes de dettes relatives « au coût de la vie » et les événements extérieurs irrésistibles⁴⁹² à la personne du débiteur qui ont pour conséquence de diminuer le patrimoine de façon telle que les capacités de remboursement sont amoindries.

2. L'endettement dans les ouvrages consacrés au droit de la consommation

252. Dans son manuel consacré au droit de la consommation⁴⁹³, le Professeur Stéphane Piedelièvre dénonce « l'insuffisance des mesures préventives » mises en place par le législateur. La critique ne porte pas tant sur la confusion dont nous faisons état même si ce dernier souligne que le législateur a « *mal appréhendé la situation des consommateurs en difficulté* »⁴⁹⁴, en ce sens que le législateur de 1989 considérait que le profil du débiteur surendetté se limitait à celui qui avait consommé de manière excessive du crédit. L'objection principale de l'auteur sur la législation mise en place dans la prévention du surendettement porte sur l'incapacité du FICP⁴⁹⁵ à offrir une réelle garantie. Nous rejoignons entièrement cette analyse que nous

⁴⁹² On vise ici les « accidents de la vie » qui peuvent à la fois englober une situation de chômage, un changement patrimonial tel que le divorce, une maladie prolongée ou encore une augmentation de la dépense liée au logement.

⁴⁹³ S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2008.

⁴⁹⁴ S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 635 à 665.

⁴⁹⁵ Fichier des incidents de paiement non régularisés des crédits aux particuliers.

développerons plus loin sur le constat que la prévention ne peut être pleinement efficace que si elle joue un rôle non pas seulement au moment de difficultés de paiement mais au moment même de l'endettement. Or, le FICP recense les incidents de paiement liés au remboursement d'un crédit à la consommation mais ne joue aucun rôle sur l'appréciation de la capacité d'un futur débiteur à rembourser le crédit. Néanmoins, l'auteur se contente d'affirmer la nécessité de la mise en place d'un fichier positif venant recenser les crédits déjà à la charge d'un débiteur afin de mieux mesurer ses capacités de remboursement. Là encore nous rejoignons cette approche, tout en constatant, par ailleurs, le maintien de la confusion entre les notions d'endettement et de crédit et en remarquant que les propositions pour lutter plus efficacement contre le surendettement se bornent au crédit.

253. Le problème du surendettement est également évoqué par les Professeurs Jean Calais-Auloy et Henri Temple dans leur manuel consacré au droit de la consommation⁴⁹⁶ et ces derniers considèrent que les difficultés ainsi rencontrées par certains débiteurs résultent de l'accumulation de « crédits dont l'addition finit par dépasser leurs capacités de remboursement »⁴⁹⁷. Par ailleurs, selon ces derniers, « il faudrait sans doute, pour éliminer le problème (du surendettement), envisager des mesures plus radicales, comme l'interdiction de la publicité pour le crédit et/ou celle du crédit renouvelable »⁴⁹⁸. La confusion dont nous faisons état est ici entièrement entretenue par les auteurs qui limitent le phénomène du surendettement à la conclusion excessive de crédits et proposent corrélativement une prévention dudit problème en limitant les propositions faites aux particuliers dans l'octroi de celui-ci. Si l'analyse n'est pas erronée en ce sens qu'il est indéniable que le crédit peut précipiter un débiteur dans la spirale du surendettement, elle reste incomplète dans la mesure où sont occultées d'autres causes du surendettement. La conséquence est alors l'absence

⁴⁹⁶ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010.

⁴⁹⁷ *Op. cit.*, n° 524.

⁴⁹⁸ *Op. cit.*, n° 525.

de propositions préventives appropriées. Là encore, l'analyse est juste, car il est indéniable que le crédit est source d'endettement et que mal encadré, il peut mener un débiteur dans la spirale du surendettement, mais elle se révèle incomplète et ne peut donc proposer des solutions à la fois adaptées et efficaces.

254. Nous pouvons également citer le manuel proposé par le Professeur Yves Picod et Madame Hélène Davo sur le droit de la consommation⁴⁹⁹. Ces derniers regroupent sous les intitulés « Mesures préventives contre l'endettement » et « Protection contre le poids de la dette », les mesures ayant trait à la prévention contre les crédits excessifs que pourraient souscrire des consommateurs. Autrement dit, y sont recensés, l'obligation d'information à la charge du professionnel dans l'octroi de crédit, le droit à la réflexion accordée à l'emprunteur, mais également les obligations mises à la charge du professionnel dispensateur de crédit.

255. Ces analyses doctrinales mènent à un double constat. D'une part, si les développements analysés se montrent fidèles à la législation, objet de leur étude, on peut cependant regretter l'absence de dénonciation de la confusion de la part de ces auteurs. D'autre part, le fait que ces études ne mettent pas en évidence l'élargissement des causes de l'endettement des particuliers, fidèles en cela à la position législative, conforte la vision d'un surendettement uniquement généré par l'excès de crédit.

⁴⁹⁹ Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, Sirey, 2^e éd., 2010.

SECTION II.

LA SOUHAITABLE DISTINCTION DES NOTIONS D'ENDETTEMENT ET DE CRÉDIT

256. A la suite de la lecture de ces développements doctrinaux, un élément nous permet néanmoins de tempérer nos propos. En effet, les auteurs distinguent unanimement deux formes de surendettement : le surendettement actif et le surendettement passif. Ainsi, il semble qu'une frontière puisse être dessinée entre le surendettement actif et le surendettement passif (§1). Celle-ci revêt une importance dans notre développement en ce que nous tenterons de démontrer, d'une part, que si une telle distinction peut être retenue, alors nous pourrions relever que les mesures préventives du surendettement, du fait de la confusion dont nous avons fait état, ne préviennent qu'une forme de surendettement (§2). Par ailleurs, nous serons amenés à constater que cette différenciation affirmée, tant par le législateur que par la doctrine, revêt un caractère sommaire et a pour conséquence d'une part, de déresponsabiliser tant les emprunteurs que les prêteurs et, d'autre part, d'empêcher la mise en place d'une prévention efficace du surendettement.

§ 1. LES DEUX DÉFINITIONS DU SURENDETTEMENT

257. Sans faire de ce travail une étude sociologique sur le surendettement, nous ne pouvons pas mener à bien ce dernier sans se pencher sur les chiffres du surendettement. Pour une meilleure connaissance du phénomène, la Banque de France s'efforce depuis 2001 de publier, tous les trois ans, une enquête typologique sur le surendettement. Nous nous appuierons naturellement sur la plus récente qui concerne l'année 2014.

258. Selon cette enquête, l'endettement moyen par dossier déposé s'élève à 30 171€, celui-ci est composé à 83% de dettes bancaires, à 9% de dettes de charges courantes et les autres formes de dettes viennent le compléter à hauteur de 7,5%. Le plus remarquable, au titre des chiffres avancés par la Banque de France, est celui relatif aux capacités de remboursement. Ainsi, dans pratiquement 56% des dossiers présentés auprès des commissions de surendettement, la capacité de remboursement est négative⁵⁰⁰. Les capacités de remboursement se calculent à partir de la totalité des ressources auxquelles on déduit toutes les charges incompressibles (coût du logement, dettes d'imposition diverses, factures d'eau et d'électricité, dettes alimentaires, etc.). En d'autres termes, dans pratiquement 56% des dossiers déposés auprès des commissions de surendettement, les ressources du débiteur ne lui permettent pas de faire face à ses charges incompressibles. On parle alors de capacité de remboursement négative car un débiteur qui ne peut pas faire face à des dépenses obligatoires pourra encore moins assurer le remboursement d'un ou de plusieurs crédits.

259. Selon ces enquêtes typologiques, il existe donc deux formes de surendettement (A), néanmoins à bien y regarder cette distinction apparaît sommaire face à la multidisciplinarité du surendettement (B).

A. LA DISTINCTION CLASSIQUE ENTRE SURENDETTEMENT ACTIF ET SURENDETTEMENT PASSIF

260. Cette distinction ne se fonde pas sur les conséquences que telle ou telle forme de surendettement pourrait engendrer mais sur le comportement du débiteur qui est à l'origine de la situation de surendettement. On parle ainsi de surendettement actif (1) et de surendettement passif (2). Si cette distinction n'a pas de conséquence juridique, elle influence néanmoins l'attitude que l'on peut adopter face au surendettement.

⁵⁰⁰ Cette capacité de remboursement négative atteint 92,6% des dossiers réorientés en procédure de redressement personnel.

1. La notion de surendettement actif

261. Aujourd'hui qualifiée de « caricaturale »⁵⁰¹ par certains auteurs, cette forme de surendettement est pourtant celle à l'origine de la loi Neiertz de 1989⁵⁰² et a longtemps été considérée comme la seule forme de surendettement possible. Selon cette conception, le surendettement affecterait les débiteurs qui ont consommé de manière excessive et qui, pour répondre à leur consommation, ont eu recours de façon irréfléchie au crédit sous toutes ses formes.

262. Ainsi, le surendettement serait actif lorsqu'il résulte « d'un excès de dépense et en particulier d'un recours abusif au crédit, que ce soit le crédit à la consommation ou le crédit immobilier »⁵⁰³. Le surendetté actif serait alors le débiteur « ayant recouru au crédit au-delà de ses capacités de remboursement »⁵⁰⁴ ou encore « l'emprunteur qui a accumulé trop de crédit »⁵⁰⁵. Le surendettement « actif » vise la situation dans laquelle se trouve un débiteur qui a consommé de manière excessive et qui, pour répondre à sa consommation, a contracté un nombre inconsidéré de crédit sous toutes ses formes. On considère dans ce cas de figure que le débiteur a joué un rôle actif dans l'apparition de son état de surendettement.

⁵⁰¹ Voir entre autre : J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, Montchrestien Lextenso éd., 2009, v. n° 388 et s.

⁵⁰² Loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989, relative à la prévention et aux règlements des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, *préc.*

⁵⁰³ G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2011. On se questionne sur cette idée d'un recours abusif au crédit immobilier et dans quelle mesure elle peut être réalisée avec toutes les mesures mises en place pour obtenir un tel crédit...

⁵⁰⁴ G. PAISANT, « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *RTD civ.* 1998. 743.

⁵⁰⁵ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *préc.*

2. La notion de surendettement passif

263. A l'inverse, le surendettement passif n'implique pas une mauvaise gestion de son patrimoine par le débiteur. Selon les définitions proposées, on s'aperçoit que deux situations peuvent être à l'origine de ce type de surendettement. Dans un premier temps, ce dernier peut simplement et malheureusement, résulter « d'une insuffisance de ressources permettant de faire face aux dépenses de la vie quotidienne »⁵⁰⁶. On identifie ici le débiteur qui se retrouve en capacité de remboursement négative et qui, sans avoir de consommation, que nous qualifierons de loisir⁵⁰⁷, ne peut pas faire face aux charges incompressibles et obligatoires de son foyer, ce qui le plonge, à plus ou moins brève échéance, dans la précarité et le surendettement. D'autre part, le surendettement passif peut également être le résultat de l'apparition d'un événement extérieur et imprévisible, qui a pour conséquence d'affecter directement le patrimoine du débiteur. On se trouve ici confronté à un débiteur qui s'endette, raisonnablement par rapport à ses ressources, mais qui voit celles-ci fortement diminuer en raison d'un divorce, d'une période de chômage plus ou moins longue ou encore d'un décès. Autrement dit, sans l'apparition de cet événement extérieur à la volonté du débiteur et imprévisible, ce dernier pourrait faire face à son endettement.

264. On voit donc apparaître l'idée selon laquelle le surendettement ne trouve pas uniquement son origine dans un nombre excessif de crédits mais dans des facteurs sociaux qui échapperaient à la volonté de la personne qu'il vient frapper. Ce que l'on peut remarquer à la lecture des écrits doctrinaux, sont les qualificatifs réservés au surendetté actif et ceux attribués au surendetté passif. Ainsi, le surendetté passif est perçu comme « un accidenté de la vie »⁵⁰⁸

⁵⁰⁶ G. RAYMOND, *Droit de la consommation, préc.*

⁵⁰⁷ Nous entendons désigner par le terme de consommation de loisir, toute consommation qui ne peut pas être assimilées à des dépenses obligatoires propre à chaque individu. Ainsi, par exemple, la dépense liée au logement sera une consommation obligatoire alors que la dépense liée à l'achat d'un téléviseur sera une consommation de loisir.

⁵⁰⁸ Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation, préc.*

ou encore comme une « victime »⁵⁰⁹, alors que pour désigner le surendetté actif on retrouve aisément les termes « d'as du crédit »⁵¹⁰, « de cigale »⁵¹¹ ou encore de « fourvoyé »⁵¹². Tel que le souligne le Professeur Jérôme Julien, on peut se reporter ici à la comparaison classique du comportement attribué au « bon père de famille »⁵¹³ ou non. En d'autres termes, le surendetté passif est le « bon père de famille » qui gère bien le budget de son foyer, mais qui, en raison d'une insuffisance de ressources ou de la réalisation d'un événement imprévisible et extérieur à sa volonté, tombe en situation de surendettement. A l'inverse, le surendetté actif ne peut être assimilé au « bon père de famille » car sa déconfiture résulte uniquement de son incapacité à gérer le budget du foyer.

265. Cette frontière qui est tracée entre les deux formes de surendettement apparaît théoriquement opportune en ce sens qu'il est indéniable que ce phénomène peut revêtir différentes formes et que la responsabilité tant du prêteur que de l'emprunteur peut, selon les situations, être plus ou moins relevée. Ce sont les critères utilisés pour déterminer si tel ou tel surendettement appartient à l'une ou l'autre de ces catégories qui peuvent être remis en cause.

B. LE CARACTÈRE SOMMAIRE DE LA CONCEPTION

266. L'opportunité de la frontière proposée entre un surendettement actif et un surendettement passif vient directement pâtir des critères utilisés par la Banque de France dans son enquête typologique. En effet, en l'absence de

⁵⁰⁹ X. LAGARDE, *L'endettement des particuliers*, préc.

⁵¹⁰ B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », in *Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295.

⁵¹¹ Op. cit.

⁵¹² Op. cit.

⁵¹³ J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, préc., n° 388. Cette notion a disparu avec la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : *JO* du 5 août 2014, p. 12949.

critères objectifs permettant de réellement mesurer le taux de l'une et de l'autre forme de surendettement, les chiffres avancés doivent être nuancés (1). Par ailleurs, ces chiffres sont également à nuancer en ce que, pour les avancer, la Banque de France a recouru à la définition du crédit à la consommation qui est inopérante à cette fin (2).

1. Des chiffres de la Banque de France à nuancer

267. Comme le souligne la Cour des comptes dans son rapport annuel de 2010 sur la lutte contre le surendettement des particuliers⁵¹⁴ : « (...) la distinction établie par la Banque de France entre « l'endettement actif » et « l'endettement passif » n'est pas opérante »⁵¹⁵. Cette constatation est réalisée par la Cour après l'étude, par ses rapporteurs, des dossiers de surendettement déposés par les débiteurs. En effet, en l'absence de critères objectifs (a) les chiffres avancés par la Banque de France sont à relativiser. Ainsi, seule une utilisation de critères stricts mais pas autant restrictifs permettrait d'avoir une réelle typologie du surendettement (b).

a. L'absence de critères objectifs

268. La Cour des comptes relève, d'une part, que l'élément retenu comme « évènement extérieur », permettant de qualifier un surendettement comme étant passif, est souvent hasardeux. Ainsi, elle constate que dans plusieurs dossiers, la qualification de surendetté passif est retenue pour un débiteur dont le divorce a lieu avant même que le contrat de crédit menant au surendettement ne soit conclu⁵¹⁶. La Cour considère, quant à elle, que seul l'évènement extérieur

⁵¹⁴ Cour des comptes, Rapport public annuel de février 2010 sur « La lutte contre le surendettement des particuliers : une politique publique incomplète et insuffisamment pilotée ».

⁵¹⁵ *Op. cit.*, p. 466.

⁵¹⁶ La Cour fait ici référence à un dossier dans lequel le divorce du débiteur avait eu lieu plus de 20 ans avant la survenance du surendettement. Cet évènement a pourtant suffi à lui seul pour retenir la qualification de passif de cet endettement.

à la volonté du débiteur qui se serait réalisé après la conclusion du contrat de crédit et avant la survenance de l'état de surendettement, devrait être pris en compte dans la détermination d'un surendettement passif. Si la seule présence d'un événement, tel que le divorce, dans le passé d'un débiteur ne peut, à notre sens, suffire à qualifier un surendettement de passif, il ne nous semble pas plus opportun de venir limiter ce caractère aux seuls événements ayant lieu entre la formation du contrat de crédit et la survenance de la situation de surendettement. En effet, l'événement extérieur déterminant tel que le chômage, peut avoir lieu avant tout acte d'endettement mais ce peut être ce dernier qui viendra engendrer ce type d'acte et notamment de crédit. En d'autres termes, nous pensons qu'il est d'un côté très restrictif de limiter le caractère passif aux seuls événements dont la réalisation a lieu après la conclusion de l'acte d'endettement mais avant l'apparition de l'état de surendettement, tel que le suggère la Cour des comptes. Mais nous estimons, d'un autre côté, qu'il apparaît complètement irréaliste que la seule présence d'un tel événement dans un dossier de surendettement suffise à retenir la qualité de passif de ce dernier.

269. Il ressort de tout cela que les chiffres avancés par la Banque de France doivent être nuancés quant à cette condition d'extériorité de l'événement pris en compte dans la détermination passif du surendettement d'un débiteur. De surcroît, il apparaît que la même prudence doit être adoptée par rapport au critère d'imprévisibilité que doit également revêtir cet événement.

270. Dans son rapport relatif à la lutte contre le surendettement des particuliers⁵¹⁷, la Cour des comptes souligne également que l'événement pris en compte, pour qualifier de passif un surendettement, ne revêt pas systématiquement la condition d'imprévisibilité. Elle met ainsi en évidence que la situation de chômage de certains débiteurs n'était pas une situation imprévisible. Par exemple, lorsque ce dernier fait suite à la fin d'une mission

⁵¹⁷ Rapport de la Cour des comptes, *préc.*

intérimaire ou encore à la fin d'un contrat à durée déterminée⁵¹⁸. Pire encore, les rapporteurs de la Cour des comptes relèvent dans certains dossiers, que l'inactivité du débiteur qui permet de le classer dans la catégorie des surendettés passifs, résulte d'un départ à la retraite⁵¹⁹. Nous ne pouvons qu'adhérer à l'analyse faite par la Cour des comptes en ce sens que dans certaines situations l'inactivité du débiteur n'est pas une chose imprévisible. Néanmoins, il faut nuancer cette analyse car il est très fréquent qu'un contrat à durée déterminée soit lui-même précédé d'une situation de chômage plus ou moins longue. Dès lors, la qualification de passif de l'endettement peut être justifiée.

271. Sans remettre en cause les analyses sur les chiffres du surendettement qui sont proposées tant par la Banque de France que par la Cour des comptes, nous pensons que si on souhaite tracer une frontière traduisant la réalité des situations entre le surendettement passif et actif, il faut recourir non pas à des critères restrictifs mais à des critères stricts.

b. La nécessité de recourir à des critères stricts mais non restrictifs

272. La pertinence de la frontière entre les deux types de surendettement tient, à notre sens, dans la combinaison et dans l'application stricte des critères que nous venons de voir, permettant de déterminer la forme passive. En d'autres termes, nous estimons que pour déterminer la catégorie active, le principe de subsidiarité peut suffire. Ainsi, à l'instar de la frontière entre la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité contractuelle, tout endettement qui n'est pas passif sera actif. En revanche, pour déterminer la catégorie passive, deux situations doivent être distinguées. D'une part, la situation dans laquelle le débiteur dispose d'une insuffisance de ressources. Celle-ci ne pose aucune difficulté et place automatiquement la personne qui en est frappée dans la forme

⁵¹⁸ *Op. cit.*, p. 466 et s.

⁵¹⁹ *Op. cit.*, p. 467.

passive du surendettement. D'autre part, la situation dans laquelle le surendettement résulte de la réalisation d'un événement exige plusieurs précisions. Cet événement doit, à notre sens, combiner le critère d'extériorité et d'imprévisibilité. Néanmoins, malgré l'existence d'un événement pouvant relever de ces deux critères, encore faut-il pouvoir établir un lien causal entre ce dernier et l'endettement à l'origine du surendettement. Seul un examen, de la cause subjective entraînant l'acte d'endettement pourra permettre d'objectivement tracer cette frontière. Il est possible pour ce faire de se reporter à la qualification de l'acte d'endettement mais, il apparaît que la qualification de crédit à la consommation est inutilisable tant elle paraît superficielle et peu révélatrice de la réalité des causes entraînant la conclusion d'un tel contrat.

2. L'impossible recours à la qualification de l'acte à l'origine de l'endettement

273. Le terme de crédit à la consommation est en réalité une catégorie « fourre-tout » qui cache une diversité de situations. Selon l'article L. 311-1, 4° du Code de la consommation⁵²⁰, est considéré comme un crédit à la consommation toute « opération ou (...) contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt, y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire, à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive des services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la procédure ». Ces dispositions sont à combiner avec celles du 1° et du 2° de l'article L. 311-1 du même code selon lesquelles, d'une part, est réputé prêteur la « personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit mentionné à l'article L. 311-2 dans le cadre de ses activités commerciales ou professionnelles ». D'autre part, l'emprunteur est considéré comme « toute personne physique qui est en relation avec un prêteur,

⁵²⁰ Dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} juillet 2010.

dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ». Enfin, l'article L. 311-3 du Code de la consommation restreint la catégorie du crédit à la consommation en excluant les prêts inférieurs à 200€ et supérieurs à 75 000€, les prêts dont la durée est inférieure à trois mois, les autorisations de découvert remboursables dans le délai d'un mois et, enfin, les prêts destinés à l'acquisition d'un immeuble ou ceux destinés à la réalisation de travaux sur un immeuble acquis par l'intermédiaire d'un crédit.

274. Autrement dit, le crédit à la consommation est un contrat par lequel un prêteur, agissant dans le cadre de sa profession, consent un prêt sous quelque forme que ce soit, pour une durée supérieure à trois mois, à un emprunteur, agissant en dehors de son activité professionnelle, pour un montant compris entre 200€ et 75 000€, à l'exclusion de ceux conclus dans le but de l'acquisition d'un immeuble ou de travaux en vue de l'amélioration d'un immeuble acquis par le biais d'un crédit. Pareillement, n'est pas assimilé à un crédit à la consommation, l'autorisation de découvert ne dépassant pas un délai de remboursement de plus d'un mois, la carte à débit différé n'excédant pas quarante jours et le crédit conclu dans des circonstances particulières.

275. Cette définition ne contient, en revanche, aucune précision sur la destination des deniers débloqués au titre d'un crédit à la consommation. Or, tel que l'intitulé le laisserait supposer, tous les crédits à la consommation sont-ils des actes de pure consommation ? Autrement dit, les fonds ainsi débloqués sont-ils uniquement destinés à une consommation de loisir où sont-ils affectés à des dépenses obligatoires ? Sous l'appellation de crédit à la consommation se cachent en réalité des crédits de pure trésorerie permettant au débiteur de faire face aux charges incompressibles. Ainsi, quand la Cour des comptes relève qu'il existe une ambiguïté dans le fait de faire rentrer dans la catégorie passive un endettement dans lequel on trouve certes, un chômage mais également, de

nombreux crédits résultant d'un « comportement de consommation imprudent »⁵²¹, nous ne pouvons que relativiser cette analyse. En effet, n'est-ce pas le débiteur dont les ressources ne permettent pas de faire face aux charges incompressibles qui aura recours à un crédit de trésorerie, qualifié justement de crédit à la consommation ? Il nous semble, dès lors, que la qualification de « comportement de consommation imprudent »⁵²² est inadaptée car, comme le souligne fort justement le Professeur Jérôme Julien, « les chiffres sont têtus »⁵²³ si bien que le débiteur devra nécessairement débloquer des deniers afin de faire face aux dépenses. Or, le débiteur en situation précaire est souvent pressé par ses créanciers d'honorer ses dettes et il sera plus aisé pour lui d'avoir recours à un crédit (qualifié de crédit à la consommation), sans que pour autant on puisse le qualifier d'imprudent. Il n'est pas aberrant, contrairement à ce que la Cour des comptes l'affirme, qu'un débiteur surendetté relève de la catégorie passive alors même qu'il aurait accumulé un nombre important de crédits. Finalement tout dépend de la démarche qui est à l'origine du contrat de crédit. Si celui-ci relève d'une volonté purement consumériste, alors nous pouvons considérer que nous sommes face à un endettement actif et, au contraire, si la démarche résulte d'une contrainte budgétaire, nous nous retrouvons face à un surendettement passif dans lequel le crédit à la consommation devient une conséquence du manque de trésorerie.

276. Malgré l'inévitable réserve que l'on doit ainsi adopter par rapport aux chiffres avancés sur la typologie du surendettement, il est néanmoins indéniable que le surendettement peut recouvrir deux formes, voir trois⁵²⁴. Ainsi, une prévention du surendettement qui se voudra efficace devra nécessairement viser à lutter contre toutes les formes que ce dernier peut revêtir.

⁵²¹ Cour des comptes, Rapport public annuel de février 2010 sur « La lutte contre le surendettement des particuliers : une politique publique incomplète et insuffisamment pilotée », p. 466.

⁵²² *Op. cit.*

⁵²³ J. JULIEN, *Droit de la consommation et du surendettement*, préc., n° 389.

⁵²⁴ V. *infra*, n° 356 et s.

§ 2. LA DISCORDANCE DE LA PRÉVENTION LÉGALE FACE AUX FORMES CLASSIQUES DE SURENDETTEMENT

277. Afin de mesurer l'efficacité des mesures préventives, il convient de confronter celles-ci aux deux formes de surendettement que nous venons de voir. Nous nous apercevons alors rapidement qu'en raison de la confusion des notions d'endettement et de crédit, les mesures préventives visent essentiellement le surendettement actif et que l'efficacité de celles-ci reste tout à fait relative. De surcroît, nous ne pensons pas que la prévention orientée vers le surendettement actif joue un rôle efficace dans la lutte contre les exclusions qui, comme les intitulés législatifs le rappellent, reste le but recherché dans l'élaboration du droit du surendettement. Se pose ainsi l'opportunité de la création du fichier des incidents de paiement aux particuliers face au surendettement (A). Cette analyse permettra de souligner que cette discordance est le fruit de la confusion entre les notions de crédit et d'endettement (B).

A. LA MISE EN PLACE D'UN FICHIER RECENSANT LES INCIDENTS DE REMBOURSEMENT DES CRÉDITS AUX PARTICULIERS COMME MESURE DE LUTTE CONTRE LE SURENDETTEMENT

278. Comme nous l'avons démontré, il existe, à notre sens, une confusion entre les notions d'endettement et de crédit et nous pensons que cette dernière vient directement affecter l'efficacité des mesures de prévention. En effet, si on retient que le crédit est à l'origine du surendettement, autrement dit que le surendettement est actif, alors une prévention efficace suppose la mise en place de mesures venant encadrer le taux d'endettement du débiteur ou plus globalement, que l'on vienne mettre en place un cadre législatif et jurisprudentiel venant contrôler les pratiques bancaires assimilées au crédit. En revanche, si on considère que le surendettement est passif, dont l'apparition dépend de facteurs sociaux et familiaux, la prévention qui se voudra efficace

devra sortir du cadre du crédit bancaire. Comment raisonnablement affirmer que des mesures, qui se focalisent sur la formation du contrat de crédit, peuvent venir lutter contre l'apparition d'un surendettement lié à une insuffisance de ressources ? Autrement dit, pour qu'une prévention soit efficace il faut que celle-ci se focalise sur les causes à l'origine du phénomène contre lequel elle entend lutter. De la sorte, la prévention mise en place par la création du fichier semble être d'une efficacité limitée dans la lutte du surendettement actif (1) et complètement vaine dans celle visant le surendettement passif (2).

1. L'efficacité limitée du fichier dans la prévention du surendettement actif

279. Lorsque l'on se réfère au contenu législatif visant la prévention du surendettement on s'aperçoit nettement que les mesures édictées ont pour but la prévention du surendettement actif et non celle du surendettement passif. La mesure principale qui a été adoptée afin de lutter contre le phénomène étudié a été la création du fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers⁵²⁵ (FICP). Ce fichier qui prend la forme négative, en ce sens qu'il a pour but de recenser les débiteurs ayant eu un incident dans le remboursement d'un crédit pour leurs besoins non professionnels, est géré par la Banque de France⁵²⁶. Il est communément admis que celui-ci entend lutter contre le surendettement car il a pour vocation d'être systématiquement consulté par les prêteurs avant tout octroi d'un prêt, afin qu'ils puissent objectivement et indépendamment des déclarations faites par le candidat à l'emprunt, vérifier la solvabilité de ce dernier.

280. Afin de mesurer l'efficacité de cette mesure préventive, il convient de la rapprocher des deux formes de surendettement précédemment envisagées. S'agissant du surendettement actif, on constate que l'efficacité de cette mesure

⁵²⁵ Art. 23 de la loi du 31 décembre 1989 : *préc.*

⁵²⁶ Article L.333-4 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la Loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010.

n'est que relative dans le sens où ce n'est que quand le débiteur est en difficulté qu'il se trouve recensé. En effet, on peut positivement relever que le FICP vient limiter le débiteur qui contracte des crédits au-delà de ses capacités de remboursement mais on peut difficilement lui attribuer un rôle préventif. En d'autres termes, le FICP ne peut pas être considéré comme un outil empêchant un débiteur de contracter un crédit qu'il ne sera pas en mesure de rembourser mais il peut être perçu plutôt comme un moyen de lutter contre une accumulation irréfléchie de crédits. On considère raisonnablement que le débiteur recensé se verra refuser l'octroi d'un nouveau crédit ce qui limitera son taux d'endettement et augmentera d'autant plus les chances de réussite d'un plan amiable de redressement dans le cadre du traitement de son surendettement.

281. Deux remarques nécessitent d'être soulevées. D'une part, selon l'article L. 311-9 du Code de la consommation⁵²⁷, le prêteur à l'obligation avant tout octroi de crédit, de consulter le FICP selon les modalités de l'article L. 333-4 du même code. Or, ce dernier article précise que « l'inscription d'une personne physique au sein du fichier n'emporte pas interdiction de délivrer un crédit ». On doute, dès lors, d'une réelle volonté législative à prévenir, ou tout du moins, à empêcher que la situation du débiteur ne s'aggrave. Il en va de même dans le cadre de l'obligation prétorienne de mise en garde. En effet, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 3 juillet 2012⁵²⁸ vient cependant retenir notre attention en ce que la Cour estime « qu'une mesure d'interdiction bancaire ne suffisait pas à caractériser la situation obérée » de l'emprunteur. En l'espèce, le débiteur, inscrit au FCC⁵²⁹, était frappé d'une

⁵²⁷ Dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} juillet 2010.

⁵²⁸ Cass. com. 3 juil. 2012 : *D.* 2012. AJ. 1878, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP E* 2012.1519, note D. LEGEAIS ; *GP* n° 250, 6 sept. 2012, chron. S. PIEDELIEVRE ; *EDBA* n°8, 1^{er} sept. 2012, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE.

⁵²⁹ Le fichier central des chèques (FCC) recense les personnes qui sont frappées d'une interdiction bancaire pour émission de chèque sans provision ou encore suite à une utilisation abusive d'une carte bancaire. Il centralise également les mesures d'interdiction judiciaire. Ce fichier est géré par la Banque de France selon les dispositions des articles L. 131-69 et s. du Code monétaire et financier qui sont semblables à celles du FICP.

interdiction bancaire pour plusieurs chèques impayés, mais il sollicitait auprès d'une banque un crédit d'un montant de 100 000 €. Dans sa motivation la Cour considère d'une part, que la situation d'interdiction bancaire n'empêche pas un débiteur de solliciter un prêt et, d'autre part, que cette interdiction ne suffit pas à caractériser la situation obérée du débiteur. Par conséquent, elle retient que la banque n'était pas tenue d'un devoir de mise en garde envers l'emprunteur. Plusieurs remarques peuvent être faites à la suite de la lecture de cet arrêt. D'une part, on peut positivement relever que celui qui se retrouve interdit bancaire pour chèque impayé peut, par ailleurs, disposer d'un patrimoine confortable ce qui n'entraîne pas de disproportion entre un éventuel crédit et ses capacités de remboursement. Néanmoins, et quand bien même l'interdit bancaire dispose d'un tel patrimoine, cette mesure révèle un comportement imprudent et négligent devant éveiller la méfiance des prêteurs. D'autre part, en terme de prévention du surendettement, cette décision ne peut que surprendre le lecteur. En effet, on peut aisément penser qu'en application de cette jurisprudence, l'inscription du débiteur au FICP ne sera pas suffisante à caractériser la situation obérée de ce dernier. On peut, en effet, raisonnablement admettre que la Cour adoptera la même position face au débiteur inscrit au FICP car il ne s'agit que d'une application stricte de l'article L. 333-4 du Code de la consommation, précédemment cité. Or si nous pouvons admettre que l'inscription d'un débiteur au FCC n'est pas systématiquement synonyme de manque de trésorerie il est possible d'être beaucoup plus dubitatif face à l'inscription au FICP, plus révélatrice d'une situation patrimoniale fragilisée. Enfin, comme le relève le Professeur Dominique Legeais⁵³⁰, la conséquence qui peut, à notre sens, avoir le plus d'importance en matière de prévention du surendettement est le fait que si une telle inscription ne suffit pas à caractériser la situation obérée du débiteur, elle ne pourra pas non plus justifier le refus de contracter de la part du prêteur. Certes, il est en pratique assez rare pour un débiteur frappé d'une interdiction bancaire, que ce soit au titre d'une inscription au FCC ou au FICP, d'obtenir un crédit. Néanmoins, le refus de contracter de la

⁵³⁰ D. LEGEAIS, « Emprunteur interdit bancaire », *JCP E* 2012.1519.

part du professionnel doit pouvoir se justifier auprès du juge qui serait potentiellement saisi d'un litige. Or, d'après cet arrêt, la seule inscription ne suffisant pas à motiver une telle décision, comment un prêteur de deniers pourra-t-il justifier son refus ? Plus surprenant encore, l'inscription d'un débiteur au FICP n'emporterait pas, de ce seul chef, obligation de mise en garde à la charge du prêteur de deniers. Ainsi une certaine hésitation subsiste quant à l'affirmation selon laquelle le FICP serait un outil efficace dans la lutte contre le surendettement. Celle-ci découlant à la fois du fichier lui-même en ce qu'il intervient trop tardivement en terme de prévention, mais elle est également due à ses règles de fonctionnement, qu'elles soient législatives ou jurisprudentielles.

282. La deuxième remarque que nous souhaitons apporter concerne le fonctionnement même du FICP et, plus particulièrement, les dispositions de l'article L. 333-4 du Code de la consommation⁵³¹. Selon cet article, il revient au prêteur de deniers de déclarer à la Banque de France « les incidents de paiement caractérisés liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels »⁵³². Or, comme l'a si fort justement souligné le Professeur Guy Raymond⁵³³, un prêteur pourrait, en cas d'incident de paiement, préférer octroyer un nouveau prêt, dans le but de rembourser le premier, et finalement, venir aggraver la situation du débiteur déjà obérée. En effet, un créancier pourrait tirer beaucoup plus d'avantages dans l'octroi d'un nouveau crédit permettant d'honorer des crédits antérieurs, que de procéder à la dénonciation du débiteur, l'incitant ainsi à saisir une commission de surendettement. C'est à nouveau, dans ce cas de figure, que la jurisprudence⁵³⁴, par le biais du droit

⁵³¹ Nous nous permettons d'ailleurs de relever qu'il nous assez étonnant que la mesure phare, instituée par la loi Neiertz, visant à prévenir le surendettement des particuliers se trouve dans le Code de la consommation et, de surcroît, dans le titre troisième intitulé « Traitement des situations de surendettement ».

⁵³² Article L. 333-4 I° du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la Loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010.

⁵³³ G. RAYMOND, « Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2006, étude 6, voir n°15.

⁵³⁴ Cass. 1^{re} civ. 26 sept. 2006 : *Contrats, conc., consom.* 2006, n° 253, note G. RAYMOND : Dans cette espèce, le débiteur avait atteint un taux d'endettement de 72%. Le prêteur avait octroyé à l'emprunteur

commun des obligations au visa de l'article 1147 du Code civil, vient pallier les insuffisances des mesures préventives. Ainsi, un prêteur qui, au lieu d'alerter la Banque de France sur les incidents de paiement d'un de ses débiteurs, préfère conclure de nouveaux prêts dans le but d'apurer l'endettement constitué par des crédits antérieurs, peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1147 du Code civil. Encore faudra-t-il que ce débiteur assigne le prêteur en responsabilité, avec tous les obstacles que cela peut représenter pour une personne en situation de précarité.

2. L'inefficacité du fichier dans la prévention du surendettement passif

283. Face à un surendettement dont l'origine est liée à des facteurs sociaux ou familiaux, on ne peut que constater l'échec de la prévention de celui-ci par le biais du FICP. On retrouve ici l'une des conséquences de la confusion entre les notions d'endettement et de crédit, le FICP ne visant que les incidents dans le remboursement de ce que l'on considère comme un crédit aux particuliers. Le seul élément qui nous permet de temporiser notre propos est l'assimilation du découvert bancaire en crédit. En effet, le fichier pourrait alors être un élément permettant de détecter des situations patrimoniales fragiles mais encore faudrait-il l'associer, par exemple, à une procédure d'alerte⁵³⁵.

B. LA CONFUSION TERMINOLOGIQUE À L'ORIGINE DE LA CONFUSION DE LA POLITIQUE PRÉVENTIVE

284. La confusion entre les termes d'endettement et de crédit dont nous avons fait état empêche une orientation plus préventive de la législation sur la lutte contre le surendettement (1). Par ailleurs, celle-ci tend à faire naître à

pas moins de quatre prêts en moins de cinq mois, le dernier visant à apurer l'endettement constitué par les trois premiers. La Cour a retenu la responsabilité contractuelle du prêteur sur le fondement de l'article 1147 du Code civil pour avoir octroyé ces prêts à une personne déjà en situation d'endettement excessif.

⁵³⁵ V. *infra* n° 381 et s.

certain sentiment de fatalité (2) vis à vis du surendettement ayant pour conséquence directe de déresponsabiliser tant les prêteurs que les emprunteurs.

1. Une législation préventive mal orientée

285. La confusion des notions d'endettement et de crédit réalisée par le législateur français serait, selon nous, responsable de cette mauvaise orientation législative relative à la prévention du surendettement. Lorsque l'on dresse une liste des mesures préventives adoptées on s'aperçoit nettement que le législateur opte pour un encadrement de la publicité faite sur l'opération de crédit et sur une optimisation des informations données aux souscripteurs de prêts. Or, selon la Banque de France et malgré le tempérament que nous devons apporter aux chiffres qui sont avancés, le type de surendettement majoritaire est passif et non actif. De surcroît, comme nous l'avons précédemment développé, dans sa forme passive, le crédit n'est plus la cause mais la conséquence du surendettement. Ainsi, quand bien même le législateur s'attache à encadrer l'opération de crédit dans son ensemble, nous pensons que ce dernier ne vise qu'une partie du phénomène. En d'autres termes, nous approuvons la démarche entreprise en ce que l'absence de cadre législatif, venant entourer le crédit, mènerait indéniablement à des abus, que ce soit de la part des prêteurs mais également des emprunteurs. Néanmoins, nous estimons que l'action législative reste beaucoup trop insuffisante face au surendettement passif en ce qu'elle effectue une mauvaise appréhension du phénomène. Lorsque le crédit devient une conséquence d'un état de surendettement, comment raisonnablement affirmer qu'une prévention visant à dissuader un souscripteur de conclure le contrat peut être efficace, alors que ce même souscripteur est pressé par ses créanciers ? Il existe, en tout état de cause, une grande incohérence dans le fait d'avoir, d'une part, la doctrine et la Banque de France qui unanimement affirment que le surendettement est majoritairement passif et, d'autre part, un législateur qui s'évertue à vouloir trouver dans le seul encadrement des pratiques bancaires un remède efficace. Ainsi, tant que l'on opérera une confusion entre les notions de crédit et d'endettement, l'action préventive ne pourra pas prospérer.

286. De surcroît, le droit vient se pencher sur le phénomène du surendettement dans le but de lutter contre les exclusions sociales⁵³⁶ et la précarité. Or, à notre sens, le profil de la personne la plus menacée par l'exclusion ou la précarité est celle-là même qui sera potentiellement frappée par le surendettement passif. En d'autres termes, nous ne pensons pas que l'exclusion ou la précarité frappent une personne qui dispose d'un patrimoine suffisant mais qui, du fait d'une mauvaise gestion, tombera en situation de surendettement. La même analyse ne pourra pas être tenue face au surendetté passif qui ne tire pas sa situation d'une mauvaise gestion budgétaire ou d'une surconsommation, mais d'une insuffisance de trésorerie plus ou moins longue. Or, l'arsenal législatif de lutte contre les situations de surendettement permet à un surendetté actif de redresser sa situation via un plan amiable de redressement et grâce à une aide à la gestion budgétaire. Tel n'est pas le cas pour le surendetté passif et c'est donc naturellement sur ce dernier que doit se concentrer la prévention. Malheureusement, puisque prévaut une certaine fatalité face au phénomène du surendettement passif, nous constatons que le législateur peine à orienter la prévention vers cette forme de surendettement.

2. Une conception fataliste du surendettement

287. Tant que l'on continuera à confondre l'endettement et le crédit, le surendettement passif sera obligatoirement vécu comme une sorte de fatalité de notre société de consommation. Si la prévention ne se focalise que sur le crédit, on peut difficilement ouvrir le champ à d'autres mesures de prévention. D'une part, il nous semble que la législation visant à protéger le consommateur sur une opération de crédit, qui serait hasardeuse, est largement aboutie. D'autre part, le crédit n'étant pas une cause, à proprement parler, du surendettement passif mais une conséquence de difficultés financières, les règles préventives se

⁵³⁶ Nous ne faisons que reprendre ici l'intitulé de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *préc.*

retrouvent naturellement inadaptées. Afin d'élargir le spectre de la prévention et de prendre en compte les causes du surendettement passif, le droit du surendettement devrait être conçu de manière autonome⁵³⁷, détaché de cette notion de crédit à la consommation, mais également du droit de la consommation. Cette affirmation est d'autant plus juste face au surendettement passif qui, justement, trouve ses causes ailleurs que dans le crédit et dans la surconsommation. Autrement dit, aussi louable et nécessaire que le droit de la consommation puisse apparaître dans la protection des consommateurs, ce dernier est, selon nous, inadapté à la prévention du surendettement.

288. Par ailleurs, cette confusion dont nous faisons état et le sentiment de fatalité qu'elle entraîne face au surendettement, ont pour conséquence de venir déresponsabiliser tant les prêteurs que les emprunteurs. En effet, au moment de la conclusion d'un acte d'endettement, le surendetté passif peut faire face à ce dernier. Dès lors, aucune responsabilité ne peut être imputée au prêteur de deniers car dans la majorité des situations ce dernier aura respecté toutes les règles de formalisme de conclusion d'un contrat de crédit à la consommation et sa responsabilité ne pourra pas être engagée. Le législateur va même jusqu'à adopter des termes tels que « prêt responsable » qui, à notre sens, ne font qu'augmenter ce sentiment de fatalité. Réciproquement, dans un tel cas de figure, la déresponsabilisation de l'emprunteur est également de mise car, n'étant pas un consommateur imprudent multipliant les crédits dans une démarche de surconsommation, il est considéré comme étant une victime de la société de consommation. À notre sens, la diminution par la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010, de la durée d'inscription d'un débiteur au FICP faisant l'objet d'un rétablissement personnel, est un reflet de ce sentiment d'impuissance et d'irresponsabilité de l'emprunteur tombant en surendettement. Nous sommes ainsi passés d'un sentiment de rejet, voir de bannissement des faillis de la

⁵³⁷ Voir *supra*, Titre 2 de la Partie 2.

société, à un débiteur qu'on appelle partie faible, et dont la déconfiture ne lui est pas imputable.

CHAPITRE II.

LA CONFUSION REGRETTABLE DE LA PERSONNE VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT AVEC LE CONSOMMATEUR

289. Conséquence directe de la confusion dont nous venons de faire état, la personne visée par les mesures de prévention est nécessairement le candidat à une opération de crédit. Autrement dit, si on vient confondre dans une perspective préventive l'endettement et le crédit alors on vise automatiquement le candidat à une opération de crédit dans l'élaboration des mesures préventives. De la sorte, il semble que le législateur vient confondre à la fois le consommateur, l'emprunteur et la personne qui s'avère vulnérable face au risque de surendettement.

290. Or, cette confusion est regrettable en ce qu'elle occulte toute notion de vulnérabilité dans la définition de la personne à qui doit s'adresser la prévention. De la sorte, l'identification de celle-ci s'avère possible, mais elle reste difficile au regard des définitions existantes (Section1). En effet, si la situation de surendettement et la notion d'emprunteur-consommateur ont largement été définies au cours des vingt-cinq dernières années, la personne qui risque de tomber dans cette situation ne l'a jamais été. Ainsi, l'identification de cette personne selon le critère de vulnérabilité permettra de souligner le caractère fondamental de la distinction de la personne qui encourt le risque de surendettement de celle qui répond de la définition du consommateur (Section 2). La confusion du consommateur avec la personne vulnérable au risque de surendettement vient freiner, à l'instar de celle relative à l'endettement, l'efficacité et le développement des mesures préventives du surendettement.

SECTION I.

LA DÉFINITION DIFFICILE DE LA PERSONNE VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT

291. La définition de la personne vulnérable face au risque de surendettement est fondamentale afin d'orienter convenablement la prévention. En effet, si l'efficacité de la prévention vient dépendre de l'identification des actes entraînant le surendettement, elle dépend également de l'identification de la personne qui encourt le risque de surendettement. Or, aussi substantielle que peut être cette définition à l'efficacité de la prévention, elle s'avère difficile à construire, en raison d'un recourt impossible à la personne faisant l'objet d'une procédure de traitement du surendettement (§1). Par ailleurs, cette identification, selon les personnes qui sont visées par les mesures de prévention existantes, est également vaine en ce qu'il existe ici une confusion avec la définition du consommateur-emprunteur (§2).

§ 1. L'IMPOSSIBLE RECOURT À LA DÉFINITION DU DÉBITEUR SURENDETTÉ

292. Partant du postulat selon lequel la définition du débiteur surendetté peut nous permettre d'identifier la personne vulnérable face au risque de surendettement en ce que le débiteur faisant l'objet d'un traitement de son surendettement a nécessairement été vulnérable face au risque de surendettement. Cette démarche soulignera, d'une part que la définition de la personne surendetté est délicate (A) et que tous les débiteurs relevant de cette définition ne sont pas vulnérables face au risque de surendettement (B).

A. LA DÉLICATE IDENTIFICATION DE LA PERSONNE SURENDETTÉE

293. On considère comme étant en situation de surendettement le débiteur, personne physique, de bonne foi, qui se trouve dans « l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir », ou celle qui ne peut plus « faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société »⁵³⁸. Dès lors, deux critères d'exclusion existent, l'un fondé sur la qualité du débiteur et l'autre relatif à la nature des dettes. Ces critères se fondent sur le choix, par le législateur français, de la mise en place de deux régimes distincts visant à venir en aide aux personnes ne pouvant plus faire face à leur passif. On se retrouve ainsi confronté au droit du surendettement et au droit des entreprises en difficultés ayant respectivement leur propre champ d'application. Ce choix d'un système dualiste de traitement et de prévention des difficultés financières, qui n'est pas celui choisi par d'autres législateurs⁵³⁹, est principalement fondé sur la différence de finalité recherchée par les deux régimes. En réalité, avec le droit des entreprises en difficultés, le législateur cherche à maintenir l'activité de l'entreprise alors que le droit du surendettement a pour finalité d'apurer le passif du particulier afin de lui donner une nouvelle chance. Afin de cerner les personnes visées par le droit du surendettement, il convient d'écarter les personnes relevant de l'autre régime. En effet, le droit du surendettement apparaît comme subsidiaire par rapport au droit des entreprises en difficultés dans la mesure où l'article L. 333-3 du Code de la consommation dispose que les dispositions relatives au droit du surendettement « ne s'appliquent pas lorsque le débiteur relève des procédures instituées par le livre VI du Code de commerce ». Or, deux catégories de débiteurs relèvent du champ d'application des trois procédures mises en place par le Code de commerce⁵⁴⁰ : la personne morale de droit privé et

⁵³⁸ Article L. 330-1 du Code de la consommation.

⁵³⁹ L'exemple peut être donné du législateur allemand, dont le régime est à l'origine de la faillite civile telle que nous la connaissons pour la région Alsace-Moselle.

⁵⁴⁰ Le Livre VI du Code de commerce, intitulé « Des difficultés des entreprises », met en place les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire.

« toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, tout agriculteur, toute personne exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé »⁵⁴¹. Il convient, car ne présentant aucune difficultés, d'écarter d'office les personnes morales de droit privé. En revanche, la détermination du débiteur personne physique, relevant de l'un ou l'autre des régimes est plus délicate et nécessite de se reporter aux exclusions mises en place par le droit du surendettement. Il existe deux exclusions, l'une fondée sur la qualité du débiteur (1) et l'autre fondée sur la nature de ses dettes (2).

1. L'exclusion du débiteur des règles relatives au surendettement en raison de sa qualité

294. Tout d'abord, il convient de mettre à l'écart le commerçant⁵⁴², l'artisan⁵⁴³, l'agriculteur⁵⁴⁴ et les professionnels libéraux⁵⁴⁵ en ce qu'ils répondent à une définition précise. En ce qui concerne la personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, la frontière entre le droit des entreprises en difficultés et le droit du surendettement est plus difficile à déterminer. Le critère retenu va être celui du caractère d'indépendance de leur activité. Ainsi, tout dirigeant, gérant⁵⁴⁶ ou associé⁵⁴⁷, agissant non plus en son

⁵⁴¹ Combinaison des articles L. 620-2, 631-2 et 640-2 définissant les personnes relevant du Livre VI du Code de commerce.

⁵⁴² L'article L. 121-1 du Code de commerce désigne comme « commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».

⁵⁴³ Selon l'alinéa 1 de l'article 21 du Code de commerce, ont la qualité d'artisan « les personnes physiques ainsi que les dirigeants sociaux des personnes morales immatriculées au répertoire des métiers ».

⁵⁴⁴ L'article L. 311-2 du Code rural et de la pêche maritime définit comme agriculteur « toute personne physique ou morale exerçant à titre habituel des activités réputées agricoles au sens de l'article L. 311-1 » du même code.

⁵⁴⁵ Les professions libérales sont celles qui sont plus ou moins réglementées par la loi et qui nécessitent, pour leur exercice, l'obtention de diplômes et le respect de règles déontologiques.

⁵⁴⁶ Cass. com, 12 nov. 2008 : *Bull. civ.* IV, n° 191 ; D. 2008. AJ. 2929, obs. A. LIENHARD ; *Act. pro. coll.* 2008, n° 310, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; *JCP E* 2009. 1023, note Ch. LEBEL ; *Dr. sociétés* 2009, n° 15, note J.-P. LEGROS ; *Bull. Joly* 2009. 275, note P.-M. LE CORRE ; Defrénois 2009. 1397, obs. D. GIBIRILA ; *Dr. et part.* sept. 2009. 106, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *Rev. sociétés* 2009. 607, note Ph. ROUSSEL GALLE : « Le gérant d'une SARL, qui agit au nom de la société qu'il représente et non en son nom personnel, n'exerce pas une activité professionnelle indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce ».

nom personnel, mais au titre de la société qu'il représente, ne rentre plus dans le champ d'application des procédures édictées par le Code de commerce. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment affirmé que « la seule qualité de gérante d'une société ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers »⁵⁴⁸. Néanmoins, si la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire dont fait l'objet la personne morale a été étendue au gérant ou au dirigeant, ce dernier ne peut plus prétendre relever du champ d'application des règles relatives au surendettement des particuliers⁵⁴⁹. Cette position jurisprudentielle est tout à fait légitime et repose entièrement sur la théorie du patrimoine considéré. En effet, dans le cas de la gestion d'une personne morale de droit privé par une personne physique, il existe deux patrimoines distincts et c'est celui de la personne morale de droit privé qui relèvera des règles relatives aux entreprises en difficultés. De même, si cette procédure, qui vient viser la personne morale est étendue au dirigeant ou au gérant, elle concerne alors nécessairement le patrimoine de ces derniers.

⁵⁴⁷ Cass. com. 9 févr. 2010 : *Bull. civ.* IV, n° 35, 36 et 38 ; *D.* 2010. Chron. C. cass. 1113, obs. I. ORSINI ; *ibid.* AJ. 434, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2010. 391, obs. M.-H. MONSERIE-BON ; *JCP E* 2010. 1267, note A. CERATI-GAUTHIER ; *ibid.* 1296, n° 1, obs. Ph. PETEL ; *JCP* 2010. 602, note J.-J. BARBIERI ; *Act. proc. coll.* 2010, n° 70, obs. J. VALLANSAN ; *Dr. sociétés* 2010, n° 76, note J.-P. LEGROS ; *Gaz. Pal.* 14-16 mars 2010, p. 8, note M.-P. DUMOND-LEFRAND ; *ibid.* 2-3 juill. 2010, p. 19, obs. F. REILLE ; *Bull. Joly* 2010. 489, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. proc. coll.* 2010, n° 131, obs. Ch. LEBEL ; *ibid.*, n° 148, obs. B. SAINTOURENS ; *Dr. et part.* oct. 2010. 83, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN et M.-H. MONSERIE-BON ; *Defrénois* 2010. 1474, obs. D. GIBIRILA : « L'avocat qui a cessé d'exercer son activité à titre individuel pour devenir associé d'une société civile professionnelle (ou d'une société d'exercice libéral) n'agit plus en son nom propre mais exerce ses fonctions au nom de la société ; il cesse dès lors d'exercer une activité indépendante au sens de l'article L. 631-2 du code de commerce ».

⁵⁴⁸ Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Bull. civ.* II, n° 20 ; *D.* 2010. AJ. 321, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2010. 437, obs. G. PAISANT ; *JCP E* 2010. 1296, n° 2, obs. Ph. PETEL ; *ibid.* 1357, note Ch. LEBEL ; *Rev. proc. coll.* 2010, n° 38, obs. S. GJIDARA-DECAIX ; *ibid.* n° 149, obs. B. SAINTOURENS ; *Dr. et proc.* 2010, 156, obs. E. BAZIN ; *RD banc. fin.* 2010, n° 147, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Dr. et patr.* oct. 2010. 93, obs. Fr. MACORIG-VENIER ; *Defrénois* 2010. 1472, obs. D. GIBIRILA ; *RJ com.* 2010. 305, note J.-P. SORTAIS.

⁵⁴⁹ Pour un gérant de SARL, voir : Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2004 : *Bull. civ.* I, n° 386 ; *D.* 2004. 2991, note G. HENAFF ; *Rev. proc. coll.* 2006. 26, n° 2, S. GJIDARA-DECAIX. Pour le dirigeant d'une SA, voir : Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000 : *Bull. civ.* I, n° 285 ; *JCP* 2001. IV. 1010 ; *Contrats. conc. consom.* 2001, n° 36, obs. G. RAYMOND.

2. L'exclusion du débiteur des règles relatives au surendettement en raison de la nature de ses dettes

295. Si le droit des entreprises en difficultés ne tient pas compte de la nature des dettes dont fait état le débiteur pour lui permettre de relever des procédures instituées par le Code de commerce⁵⁵⁰, il en va autrement pour le droit du surendettement. Ce dernier ne prend en compte que les « dettes non professionnelles exigibles et à échoir »⁵⁵¹. Dès lors, si l'on combine l'article L. 333-3 et l'article L. 330-1 du Code de la consommation, il existe deux critères d'exclusion des procédures d'insolvabilité. Autrement dit, le seul gérant, qui ne relève pas des procédures instituées par le Code de commerce, relèvera du droit du surendettement à la seule condition que les dettes dont il fait état ne soient pas professionnelles⁵⁵². Par ailleurs, il est important de constater que l'exclusion du débiteur de l'une des procédures n'est pas subordonnée à la réunion par ce dernier des conditions lui permettant d'accéder à l'autre⁵⁵³. C'est-à-dire que le simple gérant qui, de par sa qualité, est exclu du droit des entreprises en difficultés, ne pourra pas non plus relever du droit du surendettement s'il a contracté des dettes définies comme professionnelles. Sont considérées comme des dettes professionnelles celles « nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle »⁵⁵⁴. Or, loin de tomber dans un « cas d'école », certains débiteurs ne pourront ni relever des procédures collectives, ni des procédures de surendettement des particuliers. Telle est d'ailleurs la difficulté à l'origine de

⁵⁵⁰ La Cour de cassation admet l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire alors même que l'état de cessation des paiements est caractérisé par le non-paiement d'une dette civile contractée avant que le débiteur n'ait eu la qualité de commerçant : Cass. com. 22 juin 1993 : *Bull. civ.* IV, n° 264 ; *D.* 1993. 366, obs. A. HONORAT ; *RTD civ.* 1994. 888, obs. F. ZENATI ; *RIDA* 1/94, n° 87, p. 75. Cet état de la jurisprudence, qui en réalité n'est que l'application d'une disposition législative, est néanmoins critiqué par la doctrine en ce qu'il vient directement contredire la finalité recherchée par le droit des entreprises en difficulté qui est la recherche de la survie de l'entreprise. En effet, par le biais de cette jurisprudence, une entreprise parfaitement saine peut se retrouver en difficulté pour une dette n'ayant aucun rapport avec son activité. Voir entre autre : Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 2, 9^e éd., Economica, coll. Droit des affaires et des entreprises, 2003, n° 118.

⁵⁵¹ Article L. 330-1 du Code de la consommation.

⁵⁵² Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *op.cit.*

⁵⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, *Inédit* : CCC 1996, n° 87, obs. G. RAYMOND ; *RTD com.* 1996. 523, obs. G. PAISANT.

⁵⁵⁴ Cass. civ. 2^e, 8 avr. 2004 : *Bull. civ.* II, n° 190 ; *D.* 2004. AJ. 1383, obs. C. RONDEY ; CCC 2004, n° 166, note G. RAYMOND ; *RTD com.* 2004. 820, obs G. PAISANT ; *RDC* 2004. 953, obs. M. BRUSCHI.

l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 21 janvier 2010⁵⁵⁵. En l'espèce, une gérante de deux sociétés, dont l'une avait été mise en liquidation judiciaire, conteste devant le tribunal d'instance d'Etampes, la décision de refus de la commission de surendettement visant au traitement de sa situation de surendettement. Le tribunal ayant confirmé, en dernier ressort, la décision de la commission déclarant la demande comme irrecevable, au motif que la demanderesse « ne relève pas de la loi sur le surendettement mais de celle sur la sauvegarde des entreprises », celle-ci se pourvoit en cassation. La Cour de cassation vient censurer la décision des juges du fond aux visas des articles L. 331-2 et L. 333-2 du Code de la consommation et des articles L. 631-2 et L. 640-2 du Code de commerce, au motif que « la seule qualité de gérante d'une société, ne suffit pas à faire relever la personne concernée du régime des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives au surendettement des particuliers ». Ce n'est pas tant la décision en elle-même qui retient l'attention mais ses conséquences. En effet, le fait de décider que la qualité de gérante ne suffit pas à la faire relever des procédures collectives et à l'exclure du champ d'application des procédures de surendettement n'est autre qu'une application des dispositions législatives et une confirmation de la jurisprudence antérieure. Néanmoins, lorsque l'on regarde les dettes dont faisait état la gérante, il s'agit de dettes contractées auprès de l'URSAFF au titre de son activité professionnelle, déjà qualifiées par la Cour de cassation de « dettes professionnelles ». Ainsi, écartée par son statut du droit des procédures collectives, elle sera également exclue du surendettement des particuliers, non pas en raison de son statut mais en raison de la nature de ses dettes.

⁵⁵⁵ Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Bull. civ.* II, n° 20 ; *RTD com.* 2010. 437, obs. G. PAISANT ; *D.* 2010. AJ. 321, obs. A. LIENHARD ; *JCP G* 2010. 401, obs. Ph. PETEL ; *JCP E* 2010. 1357, note C. LEBEL ; *Contrats conc. consom.* 2010. 142, obs. G. RAYMOND ; *Gaz. Pal.* 2010. 1669. M.-E. MATHIEU ; *Defrénois* 2010. 1472, obs. D. GIBIRILA ; *RJ com.* 2010. 305, obs. J.-P. SORTAIS ; *RD banc. et fin.* 2010. 147, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Dr. et proc.* 2010. 156, note BAZIN ; *Dr. sociétés* 2010. 77, obs J.-P. LEGROS ; *Rev. proc. coll.* 2010. 38, obs. S. GJIDARA-DECAIX ; *ibid.* 149, B. SAINTOURENS ; *Bull. Joly* 2010. 567, note P. RUBELLIN.

296. Il existe donc un vide juridique, certaines personnes, que ce soit en raison de leur statut ou de la nature de leurs dettes, ne bénéficient pas de ces procédures que ce soit celle introduite par le Code du commerce ou celle relevant du Code de la consommation. Notre critique ne porte pas tellement sur le choix du système dualiste opéré par le législateur mais que, si tel doit être le cas, une certaine souplesse et une grande clarté, devraient accompagner l'articulation de ces deux régimes. Cette exclusion de certains débiteurs, quel qu'en soit le fondement, nous semble extrêmement préjudiciable. De surcroît, cette exclusion apparaît encore plus préjudiciable depuis l'insertion par la loi « Borloo » de 2003 des dettes nées par l'engagement qu'un débiteur a pris de « cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société »⁵⁵⁶, dans le champ d'application des dispositions relatives au surendettement des particuliers. Cela revient à affirmer que ceux qui prêtent ainsi leur concours méritent une meilleure protection que ceux qui contractent des dettes pour le maintien de leur activité même si celle-ci n'est pas indépendante. Une réforme législative serait la bienvenue afin que toute personne physique puisse bénéficier d'une procédure d'insolvabilité.

B. LA NÉCESSAIRE ARTICULATION SELON LA VULNÉRABILITÉ DE LA PERSONNE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT

297. Est-il possible d'affirmer que tous les débiteurs, rentrant dans le champ d'application de la définition du débiteur surendetté, soient tous vulnérables face au risque de surendettement ? Fort heureusement, tel n'est pas le cas puisque cela reviendrait à considérer que tout emprunteur, personne physique qui s'endette pour des besoins extérieurs à son activité professionnelle, viendrait, tôt ou tard à tomber en situation de surendettement. Or, lorsque l'on se penche sur les chiffres relatifs aux crédits à la consommation, 98% d'entre

⁵⁵⁶ L'article L. 330-1 du Code de la consommation dispose que : « L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuelle ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ».

eux sont honorés par les débiteurs. Dès lors, nous ne pouvons pas nous satisfaire de la définition du débiteur surendetté pour caractériser le débiteur vulnérable au risque de surendettement. Comme le relève M. Lagarde dans ses propos rédigés à l'occasion du rapport annuel de la Cour de cassation de 2009 sur la vulnérabilité des personnes⁵⁵⁷, il convient, afin de donner au terme de vulnérabilité toute son importance, de le distinguer du risque. Dans le cadre de notre étude, le risque est celui de tomber en situation de surendettement, et on peut raisonnablement affirmer qu'il pèse sur toute personne qui s'endette. Mais au regard de la vulnérabilité, peut-on considérer que tout débiteur soit, au même degré, vulnérable, face à ce risque ? Nous ne le pensons pas car il est des cas où l'emprunteur s'expose volontairement au risque et d'autre cas où le débiteur sera contraint de s'y exposer. Par exemple, comme le souligne M. Lagarde, il est inconcevable de considérer que celui qui s'endette en vue d'une spéculation est vulnérable au même degré que celui qui s'endette en vue d'honorer des dettes exigibles, quand bien même le risque serait le même. Autrement dit, le risque de tomber en situation de surendettement pèse sur toute personne qui s'endette mais la vulnérabilité du débiteur face à ce risque passe par différents degrés selon la cause⁵⁵⁸ de l'endettement. Ainsi, une conception globale de la vulnérabilité serait une erreur à double titre. D'une part, cela aurait pour conséquence de considérer que tous les individus souffrent d'une même vulnérabilité alors que, comme l'exemple précédent le démontre, tel n'est pas le cas et une telle analyse conduirait à négliger certaines situations. D'autre part, si on considère que cette vulnérabilité est globale, il est alors difficile de justifier l'existence de régimes légaux dérogatoires au droit commun des obligations.

298. Deux sortes de vulnérabilités sont à distinguer pour cerner le débiteur qui doit recevoir un régime préventif : la vulnérabilité face à l'information et la vulnérabilité économique. La vulnérabilité face à

⁵⁵⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation, Troisième partie, Etude sur la vulnérabilité des personnes, Avant-propos par X. LAGARDE, année 2009, p. 55 et s.

⁵⁵⁸ Nous visons ici la cause subjective du contrat, celle qui pousse le débiteur à s'engager.

L'information se traduit par le déséquilibre des connaissances détenues par les parties au contrat. Loin d'être nouvelle et d'être la plus inquiétante, elle place le profane en situation de vulnérabilité face à un professionnel peu scrupuleux qui pourra profiter de cet état d'ignorance afin d'obtenir l'engagement de celui-ci. L'autre forme de vulnérabilité qui peut directement être à l'origine du surendettement est d'ordre économique. Ainsi, certains individus sont dans une situation telle, qu'ils ne peuvent plus assumer leurs besoins les plus fondamentaux tels que se nourrir, se loger ou se vêtir. L'assurance des besoins fondamentaux rend ces individus fortement vulnérables au risque de surendettement puisque cela peut les conduire à s'endetter au-delà de leurs capacités de remboursement parfois inexistantes. Il n'est plus question ici de volonté de s'endetter ou pas, mais d'obligation d'honorer des dettes préexistantes et futures, correspondant aux besoins de la vie courante.

299. Dans cette perspective, la prévention du surendettement qui se voudra efficace sera celle qui s'attache à prémunir le vulnérable face à l'information mais surtout face au manque de ressources. En effet, dans l'élaboration des règles préventives du surendettement, c'est de la vulnérabilité de certains débiteurs dont il faut tenir compte et non pas de l'exposition des débiteurs au risque de surendettement car cela reviendrait à considérer que tout endettement est dangereux. En réalité, ce n'est pas l'endettement, dans son ensemble, qui est à combattre mais celui qui apparaît comme pathologique, asservissant ou encore inévitable. Tout endettement, et loin s'en faut, n'est pas pathologique et peut, au contraire, être positif tant au regard de l'individu qui s'endette, qu'au regard de la croissance économique. Ainsi, la prévention doit s'efforcer de ne pas globaliser ces situations, tant au regard de l'acte en lui-même qu'au regard de la personne qui s'engage ou qui s'est engagée. De surcroît, il est impératif de souligner que cette vulnérabilité peut être avérée dès l'engagement du débiteur comme elle peut apparaître en cours d'exécution du contrat. Autrement dit, ce n'est pas à notre sens, l'endettement en lui-même qui mène au surendettement, mais la vulnérabilité de la personne endettée qui peut

l'y conduire. Dès lors, les règles préventives du surendettement devraient viser les débiteurs qui, en raison d'un manque de connaissance ou d'un manque de ressources, font preuve d'une vulnérabilité dans les actes d'endettement, s'exposant ainsi à tomber en situation de surendettement. Or, cette vulnérabilité, qui est le critère d'identification du débiteur nécessitant de recevoir une prévention contre le surendettement, n'apparaît pas à travers les règles préventives mises en places par le législateur.

§ 2. LES MANIFESTATIONS DE LA CONFUSION LÉGALE ENTRE LA PERSONNE VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT ET LE CONSOMMATEUR

300. Puisque les mesures préventives ne sont envisagées que dans le cadre d'un contrat de crédit, il apparaît qu'il existe une confusion légale entre l'emprunteur et la personne vulnérable face au risque de surendettement. Or, si cette confusion était regrettable dès la construction du droit du surendettement, elle l'est d'autant plus que l'emprunteur est confondu avec le consommateur. Autrement dit, au fil des interventions législatives, l'emprunteur d'un crédit à la consommation est devenu un consommateur de crédit à la consommation (A). Cette récente assimilation de l'emprunteur d'un crédit à la consommation à un consommateur qui n'est pas dénoncée par la doctrine (B) s'avère pourtant préjudiciable dans une perspective préventive du surendettement.

A. DE L'EMPRUNTEUR EN MATIÈRE DE CRÉDIT À LA CONSOMMATION AU CONSOMMATEUR DE CRÉDIT À LA CONSOMMATION

301. La manifestation de la confusion entre la personne vulnérable face au risque de surendettement et le consommateur nécessite de retracer l'évolution législative relative à la conception légale de la personne à risque. Dans cette perspective, il est nécessaire de revenir sur les origines de la confusion (1) pour ensuite voir sa consécration à travers la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 (2).

1. Les origines de la confusion de la personne vulnérable face au risque de surendettement et le consommateur

302. Cette confusion est une conséquence directe de celle mise en avant dans le chapitre précédent. En effet, puisque le législateur opère une confusion entre les notions de crédit et d'endettement, la prévention du surendettement se focalise naturellement sur l'emprunteur d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier. Ainsi, dès 1989 le législateur nous renvoie, pour ce qui est de la définition de celui à qui on doit la protection, aux dispositions de la loi Scrivenner de 1978⁵⁵⁹. Dans son article 1^{er}, la loi Scrivenner dispose que l'emprunteur est « l'autre partie aux mêmes opérations », c'est-à-dire celui qui contracte avec un prêteur considéré comme « toute personne qui consent des prêts, contrats ou crédits visés à l'article 2 ». Autrement dit, celui à qui la prévention s'adresse est l'emprunteur qui contracte « une opération de crédit consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit »⁵⁶⁰. D'ores et déjà, nous pouvons noter une absence de référence à la vulnérabilité de la personne en difficultés ou démunie. La prévention s'adresse à tout emprunteur quelle que soit sa situation professionnelle ou patrimoniale. Cette manière d'envisager les choses n'est pas surprenante en 1989, dans la mesure où le surendettement, à cette période, prenait une forme plus active que passive. Ce qui va, en revanche, retenir notre attention, c'est le maintien de cette conception malgré les mutations des formes de surendettement, celui-ci étant aujourd'hui plus passif qu'actif. En effet, hormis la loi « Borloo » du 1^{er} août 2003 qui étend la prévention du surendettement des particuliers à la caution personne physique⁵⁶¹, la définition

⁵⁵⁹ *Op. cit.*

⁵⁶⁰ L'article 2 vient préciser que ces opérations de crédit « visent en particulier les prêts d'argent, les contrats de location-vente ou de location assortie d'une promesse de vente et toutes les opérations de crédit liées à des ventes ou à des prestations de services, y compris les ventes et prestations de services dont le paiement est échelonné ou différé ».

⁵⁶¹ Cette loi fait relever du champ d'application des textes relatifs au surendettement les dettes nées de « l'engagement [qu'une personne physique de bonne foi] a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ».

de la personne à qui viennent s'adresser les mesures de prévention du surendettement n'a pas évoluée.

2. La consécration de la confusion avec la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010

303. On constate une consécration définitive de cette confusion dans la loi du 1^{er} juillet 2010 relative aux crédits à la consommation dans la mesure où son article 3 dispose que : « l'emprunteur ou le consommateur » est considéré comme : « toute personne physique qui est en relation avec un prêteur, dans le cadre d'une opération de crédit réalisée ou envisagée dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle »⁵⁶². Plusieurs conséquences découlent de cette terminologie. D'une part, on constate que l'emprunteur est absolument confondu avec le consommateur puisque, pour définir le premier, le législateur fait expressément référence au deuxième, si bien que l'on peut utiliser l'un ou l'autre des deux termes pour désigner celui de l'opération de crédit qui n'est pas un professionnel. Ainsi, depuis ce texte, le particulier qui emprunte, quelques soient les raisons qui le poussent à contracter, à condition que ce ne soit pas pour son activité professionnelle, est un consommateur. Par ailleurs, comme nous l'avons remarqué dans le chapitre précédent, le législateur de 2010, assimile le crédit à la consommation au crédit immobilier. Or, à notre sens, la démarche à l'origine d'un crédit à la consommation ou d'un crédit immobilier n'est absolument pas la même. Confondre celui qui contracte pour s'offrir un bien de consommation et celui qui contracte par manque de trésorerie avec celui qui emprunte en vue d'un achat immobilier pour y installer sa famille et celui qui achète un immeuble à crédit en vue d'un investissement apparaît erronée dans une perspective préventive. Telle est pourtant la conséquence de la loi de 2010, qui ne s'attache plus à la personne qui souhaite contracter mais plutôt à l'acte qui va être conclu. Relèvent alors du même régime le particulier qui emprunte en vue de rembourser ses dettes, celui qui emprunte en vue d'une

⁵⁶² Ces dispositions sont codifiées à l'article L. 311-1 du Code de la consommation

spéculation, celui qui emprunte pour l'achat d'une résidence principale ou encore celui qui emprunte en vue d'un investissement immobilier. Nous sommes donc très loin de la notion de vulnérabilité de la personne face au surendettement qui devrait normalement servir de socle à la prévention de ce phénomène car, fort heureusement, tous ces particuliers ne sont pas menacés par le surendettement dès l'octroi du crédit. Par ailleurs, il nous semble que la modification du champ d'application des dispositions relatives au crédit à la consommation quant au montant de ce dernier⁵⁶³ ne fait que renforcer cette confusion et l'absence de vulnérabilité. Il a été avancé que cette modification était la bienvenue, en particulier au regard des crédits affectés à l'acquisition d'un véhicule car, hormis l'achat d'un véhicule rentrant dans la catégorie communément appelée « low cost », ils ne rentraient pas dans le champ d'application des dispositions consuméristes. Là encore, on ne fait que s'éloigner du vulnérable économique que l'on cherche à protéger. Seront désormais considérés de la même manière celui qui achète un véhicule « low cost » et celui qui s'achète une voiture luxueuse. Pour conclure, nous pouvons constater que la préoccupation du législateur n'est pas de renforcer la prévention au regard du débiteur vulnérable face au risque de surendettement, mais d'unifier le marché des crédits quels qu'ils soient sans s'intéresser à la personne du débiteur.

B. L'ENTRETIEN PAR LA DOCTRINE DE LA CONFUSION ENTRE LA PERSONNE VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT ET LE CONSOMMATEUR

304. A l'instar de la confusion opérée entre les termes d'endettement et de crédit, la doctrine, dans sa majorité, ne remet pas en cause la confusion opérée entre le débiteur vulnérable face au risque de surendettement et le consommateur. En effet, que ce soit dans les ouvrages ou articles, nous nous

⁵⁶³ Depuis la loi du 1^{er} juillet 2010, les règles relatives au crédit à la consommation s'appliquent pour tout crédit dont le montant est compris entre 200 € et 75000 €. Dans sa rédaction antérieure, le Code de la consommation excluait de ce champ d'application tout crédit dont le montant était supérieur à 21500 €.

apercevons que la doctrine, loin de condamner cette association entre consommateur et emprunteur, sans d'ailleurs qu'aucune référence à la vulnérabilité ne soit faite, utilise cette notion de consommateur-emprunteur. Ainsi, se rencontrent les termes de « consommateur de crédit »⁵⁶⁴, « d'emprunteur consommateur »⁵⁶⁵ ou encore de « consommateur surendetté »⁵⁶⁶. Celle de « consommateur surendetté » est d'ailleurs la plus surprenante dans la mesure où le législateur parle lui-même de « surendettement des particuliers » et non de surendettement des consommateurs. Est-ce à dire que, pour cet auteur, le particulier n'est autre qu'un consommateur ? La question mérite d'être posée car, à l'instar d'autres auteurs, le Professeur Jérôme Julien affirme que « Lorsqu'un consommateur se trouve confronté à des difficultés financières, lorsqu'il ne peut plus faire face à ses engagements, le spectre du surendettement plane alors sur lui ». *A contrario*, ces auteurs nous laissent bien entendre que c'est le consommateur qui est menacé par le « spectre du surendettement ». Cette conception est d'ailleurs confirmée par le Professeur Stéphane Piedelièvre dans son ouvrage dédié au droit de la consommation puisqu'en introduisant le droit du surendettement, il déclare « Qu'un recouvrement collectif de l'impayé a été institué pour les consommateurs ». Loin de nous l'idée de condamner ces écrits, nous pensons qu'ils sont la simple conséquence d'une banalisation de l'assimilation constatée. Citer indifféremment, le consommateur, l'emprunteur ou encore le particulier devient une banalité. Par ailleurs, nous restons également très perplexes face à l'expression « consommateur de crédit »⁵⁶⁷. D'une part, nous trouvons que cette expression contient une certaine approche péjorative de la personne qui mérite protection et qu'elle reflète plus l'idée d'un surendettement actif, né d'une consommation excessive de crédit, qu'un surendettement passif. D'autre part, comme les autres expressions que nous rejetons ici, elle occulte l'aspect vulnérable de la personne menacée par le surendettement et une certaine

⁵⁶⁴ Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 492 et s.

⁵⁶⁵ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, op. cit., n° 353 et s.

⁵⁶⁶ J. JULIEN, *Droit de la consommation et surendettement des particuliers*, op. cit., p. 411.

⁵⁶⁷ *Op. cit.*

responsabilisation des débiteurs. Autrement dit, par cette expression, on introduit l'idée selon laquelle le surendettement est le résultat d'une consommation excessive de crédit dont la responsabilité repose sur le débiteur en déconfiture qui n'a pas su maintenir son budget et ses dépenses.

SECTION II.

LE REJET DE LA CONFUSION ENTRE DÉBITEUR VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT ET CONSOMMATEUR

305. Le rejet de la confusion du consommateur et du débiteur vulnérable au risque de surendettement procède de la multiplicité des causes qui sont à l'origine de cette vulnérabilité. Il s'avère que la définition légale qui est donnée du consommateur est inadaptée à embrasser toutes les situations et tous les événements qui rendent vulnérable un débiteur face au risque de surendettement. Cette assimilation du débiteur vulnérable face au risque de surendettement avec le consommateur constitue un obstacle à l'appréhension par la prévention de toutes les causes du surendettement (§1). Il en résulte que cette approche de la personne vulnérable au risque de surendettement constitue un frein au développement des règles préventives (§2).

§ 1. LA CONFUSION CONSOMMATEUR ET DÉBITEUR VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT, UN OBSTACLE À L'APPRÉHENSION DES CAUSES DU SURENDETTEMENT

306. La mesure de l'obstacle que représente la confusion dépend directement de la définition qui est retenue du consommateur. En effet, plus large sera la définition du consommateur, moins élevé sera l'obstacle de la confusion. Or, tel n'a pas été la position du législateur qui est venu définir le consommateur dans la loi du 1^{er} juillet 2010⁵⁶⁸ et dans loi du 17 mars 2014

⁵⁶⁸ Loi n° 2010-737 dite « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : *préc.*

relative à la consommation⁵⁶⁹. Ces définitions du consommateur qui sont exemptes de toute vulnérabilité (A) entraînent une absence de prise en compte de la vulnérabilité dans les critères d'application des mesures préventives (B).

A. LA NOTION DE VULNÉRABILITÉ ABSENTE DES DÉFINITIONS DU CONSOMMATEUR

307. Dans la loi « Lagarde » du 1er juillet 2010, le législateur s'est efforcé de donner une définition de la personne à qui il entend faire bénéficier les règles protectrices entourant le crédit à la consommation. Sans revenir sur les propos précédents, nous constatons que cette définition n'est pas satisfaisante dans une perspective préventiviste. Nous ne rejetons pas pour autant l'idée selon laquelle l'harmonisation des règles concernant le crédit aux particuliers est nécessaire, surtout dans un contexte européen où les frontières disparaissent, accroissant d'autant plus les contrats transfrontaliers. Néanmoins, à notre sens, il s'agit en réalité de deux points très différents, l'un ayant trait à une régulation du marché du crédit et l'autre à la protection d'un individu évoluant dans nos sociétés. D'une part, il y a le marché du crédit qu'il faut venir réguler car c'est un facteur de croissance économique indispensable au fonctionnement de notre société. Il faut effectivement encadrer ce dernier afin que ce marché soit sain et transparent, et que l'on évite ainsi les abus de la part des professionnels, notamment en encadrant l'usure, la publicité et en donnant une information claire et précise aux emprunteurs. D'autre part, indépendamment de tout cela, il faut venir en aide à ceux qui se présentent comme vulnérables économiquement. Encore une fois, ce n'est pas le recours au crédit, quelque soit sa forme, qui rend ces personnes vulnérables. Soit, elles le sont dès l'origine du contrat de crédit, soit elles ne peuvent plus faire face aux échéances de remboursement de leur crédit en raison d'un facteur extérieur à cette opération de crédit.

⁵⁶⁹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : *préc.*

308. Dès lors, assimiler le vulnérable économique à un consommateur revient à occulter cette vulnérabilité, d'autant plus que peu à peu, le droit de la consommation dans son ensemble semble s'affranchir de cette idée de vulnérabilité du consommateur. En témoigne la définition légale du consommateur qui a été donnée par la loi du 17 mars 2014 (1) confirmant le choix d'une vision restreinte du consommateur (2).

1. La discutable définition du consommateur dans la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation

309. La loi relative à la consommation du 17 mars 2014⁵⁷⁰, le législateur intègre une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation. L'article 3 de loi dispose que : « Au sens du présent Code (de la consommation), est considéré comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁵⁷¹. Cette disposition qui passe pratiquement inaperçue dans ce projet de loi⁵⁷² dont le principal objectif est de mettre en place une action de groupe au profit des consommateurs, représente pourtant un tournant important du droit de la consommation dans son ensemble. Malgré sa codification, le droit de la consommation est une législation à droit constant, se forgeant au fil des législations et donc peu uniforme. Le contenu du Code de la consommation reflète bien cet aspect car s'y trouvent des dispositions qui ne sont pas uniquement dédiées au consommateur. On peut, à titre d'exemple, citer toutes les dispositions relatives au cautionnement. La caution n'est pas nécessairement un consommateur⁵⁷³, mais ce qui réunit ces

⁵⁷⁰ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : *préc.*

⁵⁷¹ Cette définition du consommateur n'est pas nouvelle puisqu'elle reprend mot pour mot celle qui a été retenue par la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. Voir *infra*, n° 20 et s.

⁵⁷² À ce jour, seul un auteur y consacre un bref article : G. PAISANT, « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation », *JCP G.* 2013. I. 589.

⁵⁷³ On vise ici la caution-dirigeante dont l'engagement personnel a obligatoirement pour objectif les besoins de son activité professionnelle. Dès lors, il s'agit bien d'une personne physique qui agit à des fins

deux catégories de personnes est le désir du législateur de leur offrir une protection particulière en raison, soit de la dangerosité de leur acte, soit de leur position de faiblesse par rapport à l'autre contractant, nécessairement professionnel. Si la codification des dispositions relatives au cautionnement dans le Code de la consommation se trouve discutée en doctrine⁵⁷⁴, il n'en reste pas moins une certaine cohérence dans la démarche consumériste qui est celle de rééquilibrer les forces entre les deux parties au contrat, lorsque l'une d'elle est qualifiée de professionnelle et l'autre de consommateur⁵⁷⁵. L'existence même du droit de la consommation repose sur ce postulat qui est de venir en aide à la personne vulnérable par rapport au professionnel. Néanmoins, il est fondamental d'identifier la vulnérabilité qui est ici visée. En effet, on peut relever dans notre société plusieurs types de vulnérabilités : économique, mais encore celle résultant d'un manque d'information, de connaissance ou de faculté à mesurer l'étendue de l'engagement. Le droit de la consommation s'intéresse à la vulnérabilité liée au manque de connaissance et d'information. On oppose ainsi le professionnel qui détient la connaissance de son métier, au consommateur qui est profane. Ce que nous relevons de la définition légale du consommateur est l'absence de toute référence à cette idée de vulnérabilité qui justifie pourtant l'existence même d'un droit de la consommation dérogatoire au droit commun des obligations. En effet, comme le relève le Professeur Gilles Paisant, « comment ne pas remarquer l'aspect pour le moins intrigant de cette définition finaliste qui ne fait pas expressément référence à la situation de faiblesse ou d'infériorité du consommateur dans sa relation avec le professionnel

qui rentrent dans le cadre de son activité professionnelle. Or si elle ne peut pas être qualifiée de consommateur, elle relève bien du champ d'application du Code de la consommation.

⁵⁷⁴ V. notamment : L. AYNES, *La réforme du cautionnement par la loi Dutreil*, Dr. et patrimoine, nov. 2003, p. 29 ; V. AVENA-ROBARDET, *Réforme inopinée du cautionnement*, D. 2003. 2083 ; D. HOUTCIEFF, *Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique*, JCP G 2003. I. 161 ; D. LEGEAIS, *Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit du cautionnement. Commentaire des dispositions relatives au cautionnement introduites par les lois du 1^{er} août 2003 relatives à l'initiative économique et sur la ville*, JCP E 2003. 1433 ; D. LEGEAIS, *Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement*, RD banc. et fin. 2003. 178 ; C. ATIAS, *Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation*, D. 2003. 2620.

⁵⁷⁵ Il faut remarquer que dans le cas du cautionnement, l'application des textes du Code de la consommation n'est pas réservé au consommateur qui contracte avec un professionnel mais à une personne physique, que le cautionnement soit à caractère professionnel ou non.

alors que c'est précisément cette situation qui fonde l'existence même du droit de la consommation ? »⁵⁷⁶.

310. Ramenée au sujet de notre étude, cette définition du consommateur interroge à deux niveaux. D'une part, nous rejoignons le Professeur Gilles Paisant sur sa remarque, à savoir que si définition du consommateur il doit y avoir, au moins devrait-elle révéler la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve le consommateur face au professionnel. Si l'on peut considérer qu'une certaine vulnérabilité est implicitement contenue dans la définition du consommateur, nous ne pensons pas que celle qui est visée soit la vulnérabilité économique. En effet, la vulnérabilité qui nous intéresse dans la perspective préventionniste du surendettement, n'est pas seulement provoquée par la relation consommateur/professionnel. Cette confusion du débiteur vulnérable avec le consommateur a pour conséquence de venir restreindre la perception que l'on peut avoir de la personne qui encourt le risque ou, pour reprendre l'expression de Messieurs Frédéric Ferrière et Pierre-Laurent Chatain, la personne sur qui vient planer « le spectre du surendettement »⁵⁷⁷. D'autre part, nous déplorons que le choix du législateur se soit porté sur la définition restrictive du consommateur car si le champ d'application des règles du surendettement, qu'elles soient préventives ou procédurales, est déterminé par cette définition, plus cette dernière sera restrictive, plus on réduit corrélativement le champ d'application des secondes.

2. La confirmation du choix d'une vision restreinte du consommateur

311. S'opposent en doctrine deux définitions du consommateur, l'une qualifiée de restrictive et l'autre d'extensive. Selon la première, seule la personne physique agissant pour des besoins personnels, relevant de la sphère privée de

⁵⁷⁶ G. PAISANT, *op. cit.*

⁵⁷⁷ F. FERRIERE et P.-L. CHATAIN, « *Surendettement des particuliers* », Dalloz référence, 3^e éd. 2006.

celle-ci, sera qualifiée de consommateur. On exclut, par conséquent, à la fois les personnes morales mais également les personnes physiques agissant dans le cadre de leur profession. Selon la deuxième, peuvent relever des dispositions protectrices du Code de la consommation, les personnes physiques qui contractent dans un domaine étranger à leur activité professionnelle, communément désignées comme non-professionnelles. On vient seulement exclure ici les personnes morales mais on permet à la personne physique agissant en dehors de ses compétences de bénéficier des règles consuméristes. Il convient, pour clarifier les propos, de donner un exemple. Si un électricien, personne physique, contracte pour les besoins de son activité professionnelle, un crédit pour l'achat d'un véhicule, est-il considéré comme professionnel ou consommateur face au dispensateur de crédit ? Autrement dit, adopte-t-on une conception subjective ou objective pour déterminer sa qualité ? Si on adopte une conception objective, on le considère comme professionnel à partir du moment où il contracte pour les besoins de son activité professionnelle. Dès lors, quelque soit le domaine dans lequel il vient contracter et à partir du moment où ce contrat est en lien avec l'exercice de sa profession, on le qualifie de professionnel et il est alors exclu des règles consuméristes. Si, en revanche, on adopte la conception subjective, il est, certes, électricien professionnel, mais se retrouve dans le même état de faiblesse qu'un consommateur, à proprement parler, puisqu'il n'est pas professionnel dans le domaine dans lequel il vient contracter et auquel cas il peut bénéficier de la protection accordée au consommateur. Pour résumer, soit on fait relever du champ consumériste toutes les personnes physiques qui contractent en dehors de leur domaine de compétence, que le contrat ait ou non pour but l'exercice d'une profession. Soit, seules les personnes physiques qui ne contractent pas pour les besoins de leur activité professionnelle bénéficient des règles consuméristes. Or, force est de constater que le choix du législateur s'est porté sur la conception restrictive de la définition du consommateur. Certes, celle-ci correspond à celle adoptée par le législateur européen⁵⁷⁸ et elle offre le bénéfice d'unifier le régime national avec le régime

⁵⁷⁸ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

européen. Néanmoins, dans la perspective préventionniste qui est la nôtre, nous ne pouvons que déplorer le choix opéré. En effet, seule la conception subjective du consommateur prend en compte la vulnérabilité de la personne alors que celle-ci est complètement occultée dans la conception objective.

312. Ce choix législatif, influencé par le droit européen, aura nécessairement un impact sur la jurisprudence de la Cour de cassation dans la définition qu'elle donne du consommateur. Si celle-ci s'était alignée sur la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes⁵⁷⁹ en ce qui concernait l'éviction systématique des personnes morales de la protection instituée par le Code de la consommation, elle n'en gardait pas moins une certaine souplesse à l'égard de certaines personnes physiques. En effet, tout en affirmant dans un arrêt de 2005⁵⁸⁰ que les personnes morales étaient exclues du bénéfice des dispositions du Code de la consommation, elle précise, qu'en revanche, rien ne s'opposait à ce que le non-professionnel⁵⁸¹, qui n'est pas non plus un consommateur, puisse recevoir la protection ainsi instituée. La Cour de cassation œuvrait donc dans le sens d'une certaine souplesse afin que, toute personne physique, se trouvant en position de partie faible dans un cadre contractuel, que celui-ci soit professionnel ou non, puisse recevoir la protection instituée par le Code de la consommation. Par conséquent, l'introduction d'une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation, si elle passe inaperçue, n'en est pas pour autant une chose anodine car, sans que l'on

⁵⁷⁹ CJCE : 22 nov. 2001 : *JCP G* 2002, note G. PAISANT ; *D.* 2002. AJ. 90, obs. C. RONDEY ; *ibid.* somm. 2929, obs J.-P. PIZZIO ; *Contrats, conc., consom.* 2002, n° 18, note G. RAYMOND ; *RTD civ.* 2002. 291, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁵⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005 : *Bull. civ.* I, n° 135 ; *D.* 2005. 1948, note A. BOUJEKA ; *JCP G* 2005. II. 10114, note G. PAISANT ; *Contrats, conc., consom.* 2005, n° 100, obs. G. RAYMOND ; *RTD civ.* 2005. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁵⁸¹ Le non-professionnel s'entend de celui qui contracte dans un secteur d'activité étranger à son activité professionnelle. Autrement dit, on cherche à déterminer s'il existe un lien direct entre l'activité professionnelle et le contrat conclu. Par exemple, peut être un consommateur le coiffeur qui conclut un contrat de télésurveillance. Le contrat a bien un cadre professionnel mais le coiffeur est non-professionnel dans le secteur d'activité concerné. Le raisonnement est simple, si le droit de la consommation a pour objectif de corriger les contrats déséquilibrés en raison de la qualité des parties, on devrait s'attacher aux compétences réciproques de celles-ci pour savoir si l'une d'elle se trouve en position de faiblesse.

recense toute les conséquences que cela emportera, nous ne pouvons que constater qu'elle met à mal l'œuvre prétorienne dont nous venons de faire état. En effet, le législateur de 2014 vient utiliser le terme « dans le cadre de l'activité professionnelle », qui est beaucoup plus restrictif que le « lien direct » utilisé par la Cour de cassation.

B. L'ABSENCE DE PRISE EN COMPTE DE LA VULNÉRABILITÉ DANS LES CRITÈRES D'APPLICATION DES RÈGLES PRÉVENTIVES

313. Sans revenir sur les chiffres du surendettement que nous avons précédemment évoqués, nous constatons que cette conception de la personne à risque en tant que consommateur est inadéquate avec la typologie du surendettement. En effet, si on considère, avec toute les réserves que nous avons déjà développées, que le surendettement majoritaire ou, tout du moins, pathologique, prend la forme passive, il apparaît surprenant de ne l'appréhender qu'à travers la personne du consommateur. Autrement dit, la vulnérabilité d'une personne face au surendettement passif prend forme en dehors de cette qualité de consommateur. Cette qualité de consommateur dont peut faire état une personne en est une parmi tant d'autres. Ainsi, un même individu peut tout à la fois et au cours d'une même journée, revêtir plusieurs qualités. Il peut, par exemple, s'agir d'un parent, d'une personne séparée ou divorcée ou vivant en couple ; d'un salarié disposant d'un emploi stable ou précaire ; d'un chômeur ; d'un locataire ou d'un propriétaire ; d'un consommateur ; d'un professionnel ; d'un citoyen redevable d'impôts ; etc.. Or, est-ce raisonnablement opportun de considérer que c'est seulement en tant que consommateur qu'un individu est vulnérable face au surendettement ? Nous ne le pensons pas et la typologie du surendettement établi par la Banque de France ne fait que corroborer notre point de vue. Si on envisage le cas d'une personne qui contracte un prêt en raison des frais engendrés suite à son divorce, ce n'est pas tant sa qualité de consommateur mais bien celle de divorcé qui la rend vulnérable face au surendettement. C'est au moment de sa séparation que ce débiteur devient

vulnérable et c'est justement à ce moment-là que la prévention devrait intervenir, en dehors du champ du droit de la consommation. On peut procéder à une analyse identique pour le salarié, le locataire, l'imposable, etc.. Ainsi, ce n'est pas tant dans le rôle consommateur-emprunteur que la vulnérabilité de la personne face au surendettement prend forme, mais avant ce dernier. Ce que nous pouvons, en revanche, affirmer c'est que la vulnérabilité d'une personne face au surendettement s'accroît quand celle-ci endosse le rôle de consommateur-emprunteur.

314. Cette confusion de la personne vulnérable au surendettement et du consommateur doit également être rejetée en raison du fait qu'elle ne permet pas d'appréhender toutes les personnes encourant le risque de surendettement. En effet, comme nous l'avons vu, au lieu d'être fondée sur la vulnérabilité économique de la personne, la prévention du surendettement est subordonnée à la nature de l'acte conclu qui est, elle-même, déterminée par la qualité des contractants. Or, à notre sens, cette conception est source d'incohérence dans l'octroi d'une prévention. En l'état actuel des textes, seul le consommateur-emprunteur et la caution reçoivent une protection. Or, comment expliquer qu'une même personne, débitrice d'un prêt ne relevant pas des règles du droit de la consommation ne bénéficie d'aucune prévention contre un surendettement éventuel, alors que si elle se porte caution pour ledit prêt, elle sera considérée comme une personne à risque ? La vulnérabilité n'existe-t-elle pas pour chacun de ces actes ?

315. L'espèce de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai le 30 juin 2011 est une parfaite illustration de nos propos. En l'espèce, M. X s'était vu accorder un prêt par l'ADIE⁵⁸² d'un montant de 5 000 euros et pour lequel Mme Y s'était portée caution. Ne pouvant plus honorer les échéances de remboursement de ce

⁵⁸² L'Association pour le droit à l'initiative économique a pour objectif d'octroyer des prêts, à des personnes en situation de précarité, destiné à la création d'entreprise afin de favoriser leur retour à l'emploi.

prêt, M. X et Mme Y ont été assignés par l'ADIE en remboursement de celui-ci, l'un en tant qu'emprunteur, l'autre en tant que caution. Deux questions se posaient alors à la Cour. D'une part, pouvait-on considérer que M. X, en raison de sa précarité, tant au regard de ses connaissances que de ses ressources, relevait des dispositions du Code de la consommation ? D'autre part, la caution invoquait le bénéfice de l'article L. 341-4 du Code de la consommation en raison de la disproportion de son patrimoine par rapport au montant de la dette garantie. Les juges du fond ont dans un premier temps considéré que, malgré la précarité de M. X, le prêt qu'il avait obtenu avait pour objet la création d'une entreprise et que, par conséquent, il devait être qualifié de prêt professionnel. Ainsi, s'agissant d'un prêt professionnel, M. X ne pouvait prétendre au bénéfice des dispositions du Code de la consommation. En revanche, ils déchargent Mme Y de son engagement de caution en ce que le montant du prêt (5 000 €) était disproportionné par rapport aux revenus de cette dernière (4 773 € annuel). Plusieurs enseignements peuvent être tirés de cette espèce. D'une part, nous pouvons constater que l'application des règles préventives n'est pas liée à la vulnérabilité de la personne mais à la nature de l'acte, ce qui peut être critiqué. L'ADIE a justement pour objet d'octroyer des prêts à des personnes en grande difficulté financière mais, puisqu'ils ont une destination professionnelle aucune prévention n'est mise en place. Ce qui nous surprend davantage c'est qu'un professionnel du crédit, mais agissant à titre personnel, pour l'achat d'un véhicule personnel par exemple, bénéficiera d'une prévention car c'est justement la destination du crédit qui détermine l'application des règles et non la vulnérabilité de la personne. Or, qui des deux est le plus averti ? On peut donc constater que l'application du droit de la consommation n'est pas subordonnée à la vulnérabilité d'une des personnes au contrat mais à la nature de l'acte qui est conclu. Par ailleurs, comment expliquer cette différence de régime entre la caution et le débiteur ? S'il est logique, dans un pareil cas, que la caution soit déchargée de son obligation, nous déplorons la différence de régime qui est réservée à celle-ci et à l'emprunteur. Pourquoi les règles relatives au cautionnement sont-elles applicables à partir du moment où le créancier est un professionnel et la caution une personne physique et que tel n'est pas le cas dans

la relation emprunteur-prêteur ? Admettons que M. X se soit lui-même porté caution du prêt, il aurait reçu une prévention en tant que caution mais pas en tant que débiteur. Or, si, comme nous le préconisons, la prévention se déterminait par rapport à la vulnérabilité de la personne, alors, ces incohérences n'existeraient pas. En effet, la vulnérabilité économique de M. X existe quelque soit le rôle qu'il endosse car celle-ci est déterminée par rapport à son patrimoine qui reste le même, qu'il agisse en tant que caution ou en tant qu'emprunteur. Qui plus est, étant dans une situation précaire et devant rembourser ledit prêt, il est à craindre que M. X, sur un plan personnel, tombe en situation de surendettement. Mais, là encore, se heurtera-t-il à la rigidité des textes puisqu'il ne pourra pas faire rentrer dans le plan conventionnel d'aménagement de ses dettes celle née de l'octroi du prêt puisqu'elle sera qualifiée de dette professionnelle. Ainsi, quand bien même la dette née de l'octroi de son prêt est à l'origine de son surendettement et qu'elle avait pour objectif de lui permettre de redresser sa situation, elle échappe entièrement au droit du surendettement des particuliers.

§ 2. L'APPROCHE ACTUELLE DE LA PERSONNE VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT, UN FREIN AU DÉVELOPPEMENT DES RÈGLES PRÉVENTIVES

316. En dehors de l'idée que cette confusion est, comme nous l'avons vu, source d'incohérence, nous considérons également qu'elle freine le développement des règles préventives pour ceux qui sont réellement vulnérables car elle se révèle source d'incohérence, tant du point de vue des prêteurs (A) que des emprunteurs (B).

A. L'INCOHÉRENCE DE L'APPROCHE ACTUELLE DE LA PERSONNE VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT POUR LES PRÊTEURS

317. L'incohérence de l'approche du débiteur à risque est importante si on se place du côté du prêteur. En effet, cette absence de vulnérabilité dans la mise en œuvre des règles préventives entraîne des solutions parfois injustifiées pour les prêteurs, faisant naître un sentiment d'iniquité par rapport à l'autre partie au contrat (1). De surcroît, sans regard d'ensemble sur les mesures préventives qu'il met en œuvre, le législateur invite les prêteurs à une certaine schizophrénie quant aux obligations qui leur sont faites (2).

1. L'iniquité de l'approche actuelle de la personne vulnérable face au risque de surendettement pour les prêteurs

318. Si nous nous plaçons du point de vue du prêteur, nous ne pouvons que souligner l'incohérence de cette conception du débiteur à risque. En effet, comme nous l'avons souligné, le formalisme institué par le droit de la consommation suppose que le prêteur doit considérer de la même manière n'importe quel candidat à un emprunt à partir du moment où ce dernier contracte pour ses besoins personnels. Ainsi, le fait que le prêteur ait à remplir les mêmes diligences, que le candidat à l'emprunt soit un emprunteur averti ou non, emporte deux conséquences majeures. D'une part, il peut exister, et à notre sens à juste titre, un sentiment d'injustice lorsque le prêteur se voit privé de la perception des intérêts dus au titre du prêt, alors que son cocontractant est un professionnel du crédit, mais que ce dernier agit à des fins personnelles. En effet, ces règles strictes encadrant la formation et l'exécution du contrat de crédit, ainsi que les sanctions⁵⁸³ qui en découlent en cas de non-respect de ces dernières, sont normalement justifiées par le fait que le cocontractant soit une partie faible. Or, dans certains cas, il ne s'agit en aucun d'une partie faible et il

⁵⁸³ Nous pensons notamment aux termes de l'article L. 311-48 du Code de la consommation qui prévoit la déchéance du droit du prêteur à percevoir les intérêts dus au titre du prêt en cas de non-respect des règles de forme encadrant le crédit à la consommation.

paraît alors injustifié de sanctionner le créancier plus lourdement que ce qui est normalement prévu par le droit commun des obligations. En effet, ce droit dérogatoire au droit commun des obligations, que constitue le droit de la consommation, ne trouve sa légitimité que dans le fait qu'il existe une partie faible face à un professionnel. Ainsi, si cet élément qui vient légitimer ce droit dérogatoire et les sanctions lourdes qui l'accompagnent, vient à disparaître, l'application de ce dernier n'est alors plus justifiée. Certains argueront du fait que, tout professionnel se doit d'être vigilant et que, dès lors, tout manquement à ses obligations mérite d'être sanctionné. Néanmoins, qu'en est-il, dans certains de ces cas, de la bonne foi de l'autre contractant ? Si lui-même est un professionnel, ne se doit-il pas également d'être vigilant ? Peut-on simplement considérer que ce dernier doit agir comme une partie faible n'ayant aucune connaissance des rouages de ce métier sous le simple prétexte qu'il agit à des fins personnelles ? En tout état de cause, on ne peut que comprendre le sentiment d'injustice qui naît chez un créancier qui se voit privé de la perception des intérêts dus au titre du prêt pour une erreur formelle, alors que son cocontractant exerce une profession lui donnant accès à toutes les informations nécessaires à éclairer son consentement.

2. L'invitation à la schizophrénie des prêteurs

319. Il est des cas où le créancier voudrait prendre en compte la vulnérabilité économique du candidat à l'emprunt en ne lui accordant pas le contrat de prêt, et qu'il se retrouve néanmoins condamné au versement de dommages intérêts. Autrement dit, il existe des exemples jurisprudentiels, démontrant que dans certaines situations, que le prêteur refuse ou qu'il octroie le crédit, il se retrouvera condamné au paiement de dommages et intérêts. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 3 juin 1997⁵⁸⁴, est une parfaite illustration de l'opposition de certaines obligations du

⁵⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997 : *Bull. civ.* I, n°181 ; *D.* 1998. 245, note H. HEUGAS-DARRASPEN ; *Défrénois* 1998. 125, note S. PIEDELIEVRE.

prêteur. En l'espèce, une banque avait accordé à une cliente l'ouverture d'un plan épargne logement (PEL)⁵⁸⁵, cette dernière, qui était arrivée au terme de la période d'épargne, sollicite la banque pour l'obtention d'un prêt destiné à l'acquisition d'un immeuble. La banque refuse de lui accorder le prêt au motif que la cliente fait l'objet d'une interdiction bancaire. La cliente qui, en s'adressant à une autre banque, obtient le prêt mais à un coût plus élevé, assigne la première en réparation de son préjudice et en versement de dommages et intérêts. Les juges du fond déboutent la cliente de sa demande aux motifs que, nonobstant la réunion des critères d'obtention d'un prêt immobilier par le biais d'un PEL, la cliente ne réunissait pas pour autant les conditions générales nécessaires à l'obtention d'un prêt immobilier et que, cette dernière, faisant l'objet d'une mesure d'interdiction bancaire, n'avait pas rapporté la preuve de sa solvabilité. Saisie du litige, la première chambre civile de la Cour de cassation censure la décision des juges du fond au visa des articles L. 315-1, R. 315-25 et R. 315-34 du Code de la construction et de l'habitation. Elle considère que dans le cadre d'un PEL et au « terme de la période d'épargne, la banque était tenue, sauf situation de surendettement, d'accorder le prêt auquel elle s'était obligée lors de la conclusion du contrat, dès lors que les conditions légales et réglementaires étaient réunies ».

320. La lecture de cet arrêt peut surprendre sur plusieurs points. D'une part, alors que la Cour de cassation s'est bornée à respecter les règles législatives, nous ne pouvons qu'être étonnés de la solution. En effet, la Cour se borne à appliquer les règles relatives au PEL mais celles-ci, sans s'intéresser à la capacité d'endettement du candidat à l'emprunt, ne sont déterminées que par la période d'épargne à respecter. Or, dans la perspective préventive du surendettement nous ne pouvons que déplorer qu'il n'y ait pas une combinaison des différents textes. Autrement dit, que l'octroi d'un prêt faisant suite à un PEL

⁵⁸⁵ Le plan épargne logement est un compte bancaire ouvert en vue d'une épargne sur 4 ans minimum dans le but d'obtenir un prêt à taux préférentiel et une prime versée par l'État pour l'acquisition d'un immeuble. On acquiert, par le biais du PEL, un droit au prêt immobilier.

relève des conditions propre à ce type de prêt, mais également, que le candidat à l'emprunt soit soumis à des exigences identiques à celles demandées dans le cadre d'un crédit immobilier ordinaire. De surcroît, l'état actuel des textes rend quelque peu le rôle du prêteur délicat, voir schizophrénique. En effet, de deux choses l'une, soit il accorde le crédit dès lors que les conditions du PEL sont réunies mais que celles relatives à l'endettement ne le sont pas, et on lui reprochera, alors, de ne pas avoir été diligent quant aux capacités de remboursement du débiteur. Soit il refuse d'octroyer le prêt, et il se retrouvera condamné à des dommages et intérêts comme dans le cas d'espèce. Par ailleurs, dans une perspective de prévention du surendettement nous sommes surpris que les règles relatives au PEL viennent priver d'effet les règles relatives à la prévention du surendettement. En effet, l'article L. 315-1 du Code de la construction et de l'habitation exige au minimum une période d'épargne de quatre ans entre l'ouverture du PEL et l'octroi du crédit. Or, une situation patrimoniale peut nettement évoluer, que ce soit à la hausse ou à la baisse, pendant cette période d'épargne. Ne serait-il donc pas prudent d'exiger, comme l'avançaient les juges du fond, la réunion des mêmes critères relatifs à la situation patrimoniale du candidat, que le prêt immobilier soit accordé via un PEL ou non ?

321. Enfin, ce qui nous frappe à la lecture de cette jurisprudence est la formulation utilisée par la Cour de cassation. Celle-ci laisse l'opportunité au prêteur de refuser le crédit si le candidat à l'emprunt est en situation de surendettement. Qu'entend-elle par-là ? Nous tenons ici à rappeler qu'une situation de surendettement existe à partir du moment où la personne en difficulté économique dépose un dossier auprès d'une commission de surendettement et que ce dernier est accepté. Ainsi, comme nous l'avons déjà développé, il existe des particuliers qui ne peuvent plus faire face à leurs dettes échues et à échoir, sans que ces derniers ne soient juridiquement considérés comme surendettés. Dès lors, si l'on retient les définitions légales, le prêteur dans un tel cas est dépendant de la volonté du débiteur car si ce dernier, même

s'il est en difficultés économiques, ne dépose pas de dossier auprès d'une commission de surendettement, il pourra exiger un prêt du premier. L'utilisation du terme « surendettement » ne paraît pas opportune en ce sens que la définition légale de ce terme est inadaptée. La Cour de cassation fait ici certainement référence à la définition commune du surendettement, sans d'ailleurs la donner, ce qui est source de confusion. À partir de quand considère-t-on, en dehors de la définition légale, qu'un débiteur est en état de surendettement ? Certes, les prêts immobiliers accordés par la constitution d'un PEL ne sont pas les plus nombreux mais force est de constater que les règles consuméristes s'accordent parfois mal avec d'autres règles et qu'une harmonisation par une approche globale du surendettement serait souhaitable. Si les prêteurs sont souvent accusés d'être les artisans du surendettement, il est des exemples comme celui que nous venons de voir, qui permettraient d'affirmer le contraire.

B. L'INCOHÉRENCE DE L'APPROCHE ACTUELLE DE LA PERSONNE VULNÉRABLE FACE AU RISQUE DE SURENDETTEMENT POUR LES EMPRUNTEURS

322. Il peut apparaître étonnant pour celui qui se trouve en situation de vulnérabilité face au surendettement de recevoir le même traitement que celui qui dispose d'un patrimoine confortable. La même observation peut se faire inversement, car celui qui souhaite agir en pure spéculation recevra le même traitement que le particulier en grande difficulté économique. C'est à notre sens le point faible de la prévention instituée par le droit de la consommation en ce qu'on ne s'attache plus à l'individu dans sa sphère économique mais à un groupe de personnes dénommé consommateur. Or, tous les consommateurs ne se ressemblent pas, encore moins lorsqu'il s'agit de la composition de leur patrimoine et une conception individuelle de chaque débiteur est nécessaire afin de prévenir efficacement le surendettement. Prenons, à titre d'exemple, le délai de réflexion imposé au débiteur et au prêteur dans le cadre d'un crédit à la

consommation⁵⁸⁶. Avec l'approche globale que l'on a de la personne à risque, ce délai est d'ordre public, le prêteur comme l'emprunteur ne peuvent pas y déroger, ni en raccourcir la durée. Or, si l'on considère que cette mesure est réellement efficace dans la lutte contre le surendettement, on pourra difficilement l'étendre si on conserve cette approche globale de la personne en difficulté. En effet, pour le débiteur averti, qui agit en pure spéculation, le délai de quatorze jours peut déjà paraître extrêmement long. Il serait facteur d'un certain ralentissement économique si on venait à le prolonger d'avantage ce qui n'est absolument pas souhaitable. A l'opposé, ce délai peut paraître court ou insuffisant pour permettre à celui qui se trouve en difficulté économique de trouver une meilleure réponse à son manque de trésorerie.

323. On peut d'ailleurs noter une hésitation du législateur quant à la réelle prolongation du droit de rétractation en 2010⁵⁸⁷. En effet, ce droit de rétractation, afin qu'il soit réellement effectif, a toujours été combiné avec une interdiction pour le prêteur de verser les fonds à l'emprunteur et, pour ce dernier, une interdiction de rémunérer de quelque manière que ce soit le prêteur⁵⁸⁸. On considère que tant que l'emprunteur n'est pas en possession des fonds, il lui sera plus aisé de réfléchir quant à la portée de son acte et, éventuellement, d'exercer son droit de rétractation. Or, il semble logique que cette réflexion se fasse beaucoup plus difficilement si l'emprunteur se trouve en possession des fonds. L'allongement du délai de réflexion par la loi de 2010 peut donc apparaître comme positif à cela près que le délai pendant lequel le prêteur a interdiction de verser les fonds n'est pas lui-même augmenté. N'est-ce pas alors un coup d'épée dans l'eau ? En effet, comment raisonnablement penser qu'un débiteur en manque de trésorerie, patientera sept jours supplémentaires pour « affiner » sa réflexion quant à l'opportunité de son nouvel endettement, s'il dispose des fonds nécessaires pour honorer des dettes préexistantes ? Nous nous

⁵⁸⁶ Article L. 311-12 du Code de la consommation.

⁵⁸⁷ Le délai de rétractation a été doublé dans sa durée par l'article 7 de la loi du 1^{er} juillet 2010, *op. cit.*

⁵⁸⁸ Ces interdictions respectives se trouvent codifiées à l'article L. 311-14 du Code de la consommation.

heurtons ici aux limites engendrées par cette perception globale de la personne à risque puisque, dans sa volonté de venir protéger le consommateur face au professionnel, le droit de la consommation doit également s'efforcer de ne pas ralentir les échanges économiques. Relativement à la durée du délai de réflexion, le compromis recherché entre ces deux finalités apparaît impossible à atteindre. En effet, le délai de réflexion n'est pleinement efficace que s'il s'accompagne d'un délai, d'une durée équivalente, pendant lequel le prêteur a interdiction de verser les fonds à l'emprunteur. Or, aligner la durée du délai pendant lequel le prêteur a interdiction de verser des fonds à l'emprunteur sur celle du délai de réflexion accordé à l'emprunteur emporte comme conséquence un ralentissement de la croissance économique. Dès lors, de deux choses l'une, soit on choisit de protéger le consommateur au détriment des échanges économiques, soit on préserve la croissance économique au détriment de l'amélioration des droits du consommateur. Autrement dit, soit on fixe les deux délais à quatorze jours, ce qui permet d'offrir au consommateur-emprunteur une réelle réflexion quant à l'opportunité de son engagement mais on vient également ralentir les échanges économiques. Soit on choisit de favoriser les échanges économiques et seul le délai de réflexion est allongé. La conséquence étant ici que le bon fonctionnement de l'activité économique est assuré mais au détriment des consommateurs les plus fragiles. Ainsi, à choisir, le législateur préfère celle des mesures qui vient préserver la croissance économique au détriment des plus faibles. Nous voyons bien comment il peut se révéler irrationnel de considérer tous les débiteurs de la même manière car, à bien y regarder, cette conception globale de la personne à risque vient empêcher le développement de règles plus préventives pour ceux qui en ont le plus besoin. Par ailleurs, cette conception de la personne à risque que nous dénonçons peut entraîner des effets encore plus préjudiciables à l'égard de la personne vulnérable au risque de surendettement.

324. Déviant de plus en plus de son objectif initial, à savoir la protection de l'ignorant face au professionnel, le droit de la consommation s'attache avant tout aujourd'hui à réguler les marchés de consommation. La loi du 17 mars

2014, relative à la consommation⁵⁸⁹, témoigne de cette orientation. Selon l'article 18 de celui-ci, le professionnel sera tenu à une « obligation de proposer effectivement une offre de crédit amortissable en alternative au crédit renouvelable sur le lieu de vente ou dans le cadre d'une vente à distance à partir d'un seuil de 1 000 € ». Cette proposition semble à première vue s'inscrire dans la prévention du surendettement puisque le législateur oblige les professionnels à favoriser l'octroi d'un crédit amortissable, moins long dans sa durée, mais également moins coûteux qu'un crédit renouvelable. En effet, il est aujourd'hui communément admis que le crédit renouvelable enferme les débiteurs dans un endettement sans fin avec des intérêts frôlant l'usure⁵⁹⁰. Néanmoins, ce que nous déplorons est la limitation de cette mesure aux ventes supérieures à 1 000 € car, étant plus rentable pour le professionnel, il est tout à parier que ce dernier propose avant tout, voire exclusivement, un crédit renouvelable pour les ventes inférieures à 1 000 €. Or, il est évident que le débiteur en difficulté économique fera des dépenses, à moindre coût, qui ne rentreront pas dans le champ d'application de ce nouveau texte. Si on raisonne à partir de l'achat d'un lave-linge à crédit, le consommateur-emprunteur disposant d'un patrimoine confortable préférera un modèle plus onéreux dont le montant dépassera éventuellement les 1 000 € et il sera donc protégé par la mesure mise en place. A l'inverse, le consommateur-emprunteur qui est en difficulté économique mais qui doit procéder à la même acquisition se tournera lui vers un modèle moins onéreux, dont le montant ne dépassera pas 1 000 € et, de ce fait, il ne bénéficiera pas de cette protection. Ainsi, ce qui est visé par le législateur est le montant de l'endettement et non la vulnérabilité de la personne qui va contracter le crédit. Si cette mesure est opportune en ce qu'elle favorise la conclusion d'un crédit amortissable, nous nous interrogeons sur le bienfondé de la limitation aux ventes supérieures à 1 000 €. En effet, lorsque l'on se penche sur les chiffres du surendettement, on s'aperçoit rapidement que les particuliers en difficultés

⁵⁸⁹ *Op.cit.*

⁵⁹⁰ Le taux moyen d'un tel crédit, pour un fond disponible de moins de 3 000 €, est actuellement de 17% à 20,08% alors que le taux d'usure a été fixé à 20,09 %. Alors qu'au même moment le taux d'un crédit amortissable oscille entre 10 % et 15 %.

économiques, ceux dont les dossiers sont reconduits en redressement personnel, ont un endettement constitué d'une multiplication de petits emprunts. Ainsi, disposant de peu de revenus, ils sont cantonnés à obtenir soit des crédits amortissables à faible montant soit des crédits renouvelables pour de petits achats⁵⁹¹. Par conséquent, ce qui est à craindre, à terme, c'est que ceux qui supporteront à la fois les crédits les plus risqués et les plus chers seront ceux-là même que l'on considère comme vulnérables économiquement. Nous voyons donc bien ici, qu'en s'attachant à la nature des dépenses, et non à la vulnérabilité de la personne, le législateur laisse pour compte ceux à qui la prévention devrait prioritairement s'adresser.

Cette absence de référence à la vulnérabilité par le législateur dans l'élaboration de la prévention, est d'autant plus à déplorer, qu'elle est une notion largement utilisée, notamment en droit pénal, commercial ou encore social⁵⁹². S'agissant du droit pénal, la vulnérabilité de la victime constitue à la fois une infraction en cas d'abus de cet état de faiblesse, mais elle peut aussi servir de circonstance aggravante de nombreuses infractions. Plusieurs formes de vulnérabilité sont ainsi prise en compte : vulnérabilité liée à l'état psychique ou physique ou encore celle qui est d'ordre économique et sociale⁵⁹³. D'ailleurs, il est frappant de relever que le droit pénal reconnaît comme étant une infraction l'abus de faiblesse dans le droit de la consommation. De la sorte, loin d'être une notion étrangère au droit, la vulnérabilité devrait être intégrée au droit du surendettement en ce qu'elle pourrait servir à articuler la mise en œuvre de la prévention.

⁵⁹¹ Cette « discrimination » existe d'ailleurs déjà puisque chez certains dispensateurs de crédit, seul le crédit renouvelable est accessible pour une demande de capital oscillant entre 500 et 3 000 €. Ainsi, seuls ceux qui peuvent se permettre un endettement plus important, ont un accès au crédit amortissable, moins risqué et surtout moins onéreux.

⁵⁹² Rapport annuel de la Cour de cassation, Troisième partie, Etude sur la vulnérabilité des personnes, Avant-propos par X. LAGARDE, année 2009.

⁵⁹³ Rapport annuel de la Cour de cassation, Troisième partie, Etude sur la vulnérabilité des personnes, spéc. La vulnérabilité de la victime.

TITRE II.

UNE APPROCHE TRANSVERSALE DU SURENDETTEMENT, REMÈDE À SA PRÉVENTION

325. Affectant le particulier dans les différentes qualités qu'il peut recouvrir, il est nécessaire de trouver un point commun entre celles-ci. Or, si la personne que l'on tente de protéger peut tour à tour revêtir différentes qualités, c'est la vulnérabilité économique et sociale de celle-ci qui lui fait encourir un risque accru de tomber en situation de surendettement. Ainsi, plutôt que de constituer un phénomène de consommation ou de surconsommation, le surendettement est avant tout un phénomène économique et social affectant les particuliers qui en sont atteint dans toutes les qualités qu'ils peuvent revêtir. Autrement dit, à partir du moment où le particulier est socialement et économiquement faible, ce dernier est vulnérable face au risque de surendettement quelque soit la qualité avec laquelle il est considéré. Ainsi, une personne divorcée ne sera vulnérable face au risque de surendettement que si celle-ci présente une faiblesse économique et d'autant plus si celle-ci s'accompagne d'une faiblesse sociale. En effet, plus les particuliers vulnérables sont isolés socialement, plus ils encourent le risque de tomber en état de surendettement.

326. Tant la difficile conciliation des sources des mesures de prévention du surendettement des particuliers, que l'approche qui en est faite par le droit de la consommation vient freiner le développement des règles préventives. En effet, le surendettement, et encore plus sa prévention qui sont, par nature pluridisciplinaire, souffrent de l'approche trop restrictive du législateur. Dans la perspective d'une prévention adaptée et conséquemment efficace, il semble nécessaire d'adopter une approche transversale du surendettement (Chapitre 2). Tel n'est pas le cas puisque seul le droit de la consommation édicte des règles tant curatives que préventives du surendettement. Or, cantonné au domaine qui est le sien, le droit de la consommation semble inapproprié à remplir cette fonction (Chapitre 1).

CHAPITRE I.

LES LACUNES DE L'APPROCHE RESTRICTIVE DU SURENDETTEMENT AU DÉTRIMENT DE SA PRÉVENTION

327. L'approche du surendettement par le législateur qui se fait à travers le droit de la consommation s'avère beaucoup trop restrictive en ce qu'elle empêche une vision d'ensemble des difficultés soulevées par le droit du surendettement. En quelque sorte, il est malheureusement trop simple de considérer le surendettement par l'unique biais du droit de la consommation.

328. L'élaboration de la prévention du surendettement par le droit de la consommation soulève de nombreuses incohérences notamment en raison du fait que ce dernier se trouve codifié à droit constant et qu'ainsi aucune cohésion d'ensemble n'est réalisée au sein du Code de la consommation. Or, cette absence de cohésion du droit de la consommation vient directement se répercuter sur la lisibilité de la prévention du surendettement des particuliers (Section 1). Par ailleurs, les mesures de prévention souffrent d'une vision trop abstraite et restrictive du phénomène de surendettement par le législateur. Se trouvant alors inadaptées aux diverses formes de surendettement les mesures édictées ne peuvent pas mener à bien la mission qui leur est attribuée (Section 2).

SECTION I.

L'ILLISIBILITÉ DU DROIT DE LA CONSOMMATION

329. Il faut reconnaître que la codification à droit constant ne vient pas faciliter la compréhension du droit qui en est l'objet. Ainsi, le droit de la consommation élaboré en vue de venir en aide aux plus faibles s'avère relativement illisible. Ce défaut inhérent au droit de la consommation est d'autant plus préjudiciable lorsque les règles visent la prévention du surendettement en ce qu'elles s'adressent avant tout à des novices qui ne maîtrisent pas les rouages de la science juridique. Or, il peut largement être fait le constat de l'illisibilité du droit de la consommation dans les règles de formation des contrats de crédit et de cautionnement (§1). Par ailleurs, cette codification à droit constant dont le droit de la prévention du surendettement fait l'objet, empêche d'adopter une vision globale des différents textes qui viennent s'appliquer. Il en résulte, un désintérêt du droit de la consommation pour l'action de l'emprunteur envers le prêteur (§2).

§ 1. L'ILLISIBILITÉ DU DROIT DE LA PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT DANS LA FORMATION DU CONTRAT DE CRÉDIT ET DE CAUTIONNEMENT

330. C'est tout au long de l'étude des différentes mesures de prévention du surendettement des particuliers que nous avons constaté cette illisibilité du droit de la prévention du surendettement des particuliers. En effet, que cette illisibilité soit le résultat de la confrontation du droit commun des obligations et du droit de la consommation, ou qu'elle soit le fruit de la seule construction du droit de la consommation, elle emporte pour conséquence que ce droit, censé venir en aide au plus démunis, s'avère difficilement compréhensible. En outre, la mise en œuvre des mesures de prévention édictées par le Code de la

consommation peuvent offrir des solutions surprenantes (A). Par ailleurs, étant restrictif dans son champ d'application et précis dans sa rédaction il a été vu que le droit de la consommation est insuffisant dans les mesures préventives qu'il élabore et que, de ce fait, le droit commun des contrats vient pallier ces lacunes. Il en résulte ensuite que, venant offrir une protection insuffisante, le droit commun des contrats vient servir de palliatif à ces lacunes. Sans revenir sur nos propos relatifs à l'affaiblissement des mesures édictées par la confrontation des différentes sources, il est intéressant de remarquer que la détermination de la législation applicable n'est pas chose aisée (B).

A. L'INCOHÉRENCE DES SOLUTIONS RÉSULTANT DE L'APPLICATION DES MESURES PRÉVENTIVES

331. L'objet initial du droit de la consommation est de rééquilibrer les contrats dans lesquels on trouve une partie en position de force (le professionnel) et une partie en position de faiblesse (le consommateur). Autrement dit, le droit de la consommation a pour vocation de régir les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. Ce droit a donc pour dessein de s'appliquer dans toutes les relations où se trouve un consommateur, présumé en état de faiblesse. Tel qu'il avait déjà été relevé, si aucune définition n'était donnée du consommateur dans le Code de la consommation, la loi « Hamon » du 17 mars 2014⁵⁹⁴, relative à la consommation, est venue définir cette notion. Au sens de l'article préliminaire du Code de la consommation, est considéré comme consommateur : « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Dès lors, s'il n'est pas permis de donner une définition du professionnel dans le Code de la consommation en raison de la multiplicité des professions qui sont concernées par ces dispositions, on peut en revanche affirmer que les dispositions du Code de la consommation, trouvent à

⁵⁹⁴ Loi du 17 mars 2014 dite « Hamon », *préc.*

s'appliquer dès qu'un consommateur tel que défini par la loi « Hamon »⁵⁹⁵, se trouve dans la relation contractuelle. Autrement dit, ce n'est pas la nature de l'acte ni la qualité des deux parties qui déterminent le champ d'application du droit de la consommation mais bel et bien la définition du consommateur.

332. Ainsi, certains textes détonaient déjà avant l'introduction de la définition générale du consommateur, tels que les textes relatifs au contrat de cautionnement (1) et la définition donnée à l'article préliminaire du Code ne fait qu'augmenter ce manque d'harmonie. Enfin, puisqu'il n'y pas de réflexion d'ensemble sur les textes composant le Code de la consommation, on assiste à un manque de cohérence dans certains régimes. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de déterminer le régime applicable à la personne physique qui, pour son activité professionnelle, contracte un emprunt et se porte également caution (2).

1. L'étrange codification des textes relatifs à la formation du contrat de cautionnement dans le Code de la consommation

333. Les textes relatifs au contrat de cautionnement ont la particularité de ne pas expressément viser le consommateur, en ce sens qu'ils s'appliquent à toute personne physique qui conclut un contrat de cautionnement avec un créancier professionnel. La codification de ces textes dans le Code de la consommation avait reçu un accueil très mitigé de la part de la doctrine⁵⁹⁶ dès l'adoption de la loi « Dutreil ». Désormais, avec l'introduction de la définition générale du consommateur, la présence desdits textes détone encore davantage puisque ces textes trouvent même à s'appliquer dans le cadre d'une relation contractuelle entre plusieurs professionnels. Ainsi, puisque la protection s'adresse à toute personne physique et que le créancier professionnel ne s'entend

⁵⁹⁵ Loi du 17 mars 2014, *op. cit.*

⁵⁹⁶ Voir entre autre : D. FENOUILLET, « Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », *RDC* 2004. 304 ; D. HOUTCIEFF, « Propos sur un formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation », *RDC* 2004. 408 ; D. LEGEAIS, « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *JCP E* 2003. 1433.

pas seulement du prêteur de deniers, la codification au sein du Code de la consommation paraît maladroite. L'illustration peut être rapportée à la lecture de l'arrêt de la chambre commerciale du 10 janvier 2012⁵⁹⁷. En effet, on peut être étonné que deux professionnels qui contractent habituellement ensemble mais dont l'un des se fait cautionner sa créance par l'autre, relèvent tous les deux des dispositions du Code de la consommation. Ainsi, il est surprenant qu'un contrat conclu entre deux professionnels relève des dispositions du Code de la consommation alors que normalement ce type d'acte relève, soit du Code de commerce, soit du Code civil. Cela est d'autant plus étonnant dans la mesure où rien ne justifie l'écart de traitement qui est réservé aux deux professionnels. En effet, l'objet du droit de la consommation est de palier au déséquilibre qui existe dans la relation professionnel/consommateur. C'est encore une fois sur ce fondement qu'un droit de la consommation dérogatoire au droit commun a pris naissance. Or, force est de constater que les fondements même du droit de la consommation ne justifient plus, dans certains cas, son application.

2. La difficile lecture du régime réservé à l'emprunteur et à la caution professionnelle

334. Au regard des mesures de prévention du surendettement des particuliers concernant le professionnel, il est permis d'affirmer que le législateur adopte une approche relativement versatile. En effet, ainsi que nous l'avons démontré, il nous semble opportun d'affirmer que les mesures préventives du surendettement devraient être déterminées, tout du moins pour celles d'entre elles s'appliquant au contrat de crédit ou au contrat de cautionnement, par la vulnérabilité de la personne qui s'engage. Or, si les mesures préventives du surendettement des particuliers ne sont pas, pour les emprunteurs-consommateurs, déterminées par la référence à la vulnérabilité, au moins répondent-elles à une certaine homogénéité lorsque ce même emprunteur-consommateur se porte également caution de la dette d'autrui.

⁵⁹⁷ Cass. com, 10 janvier 2012 : *préc.*

Ainsi, celui qui relève de la définition de consommateur-emprunteur bénéficiera des dispositions législatives préventives, mais il bénéficiera également de la prévention législative relative au cautionnement. Autrement dit, et de manière tout à fait légitime, on considère que cet individu est tout autant vulnérable dans le cadre d'un crédit que dans le cadre d'un cautionnement. Si cette logique peut être observée à l'égard de celui qui relève de la définition d'emprunteur-consommateur et, nonobstant toute la relativité à apporter à l'efficacité des mesures préventives mises en place, une telle remarque ne peut être retenue en ce qui concerne l'emprunteur professionnel. En effet, ce dernier ne relevant pas des dispositions du Code de la consommation dans le cadre du crédit, il ne bénéficiera pas de la prévention mise en place, et ce, malgré la vulnérabilité dont il peut faire état⁵⁹⁸. Néanmoins, ce même emprunteur se retrouvera étonnement bénéficiaire des mesures préventives du surendettement des particuliers dans le cadre d'un contrat de cautionnement. Cette différence peut se justifier au regard du fait que, dans un contrat de cautionnement, on se rend garant de la dette d'autrui. On considère, en effet, qu'un tel acte représente plus de dangers dans le sens où, se portant garant de la dette d'autrui, la caution n'a qu'une connaissance approximative du patrimoine de l'emprunteur principal. A l'inverse, lorsque l'on contracte un crédit, on le fait par rapport à son propre patrimoine. Néanmoins, une telle affirmation perd de sa force lorsque c'est le dirigeant de la personne morale qui se porte caution de la dette de celle-ci. En effet, comment, dans un tel schéma, prétendre que l'emprunteur, du fait de la destination professionnelle du prêt n'est pas vulnérable, mais que, lorsqu'il endosse le rôle de garant, il le devient ? Cela apparaît d'autant plus étrange que le contrat de crédit est d'exécution immédiate alors que l'exécution du contrat de cautionnement reste aléatoire. En effet, dans le premier cas le risque se réalise alors que dans le second le risque reste aléatoire. Ainsi, le droit de la consommation considère que, du fait de la destination professionnelle du crédit, l'emprunteur est suffisamment averti pour contracter un emprunt, mais, que

⁵⁹⁸ V. *supra* n° 315.

dans le cadre d'un contrat de cautionnement, il a besoin d'être assisté afin de mesurer la portée de son engagement.

335. Cela nous semble directement être le fruit de l'absence de la prise en compte de la vulnérabilité de la personne qui s'engage dans l'applicabilité des mesures destinées à prévenir le surendettement. Il faut néanmoins reconnaître que l'état actuel de la législation, sur ce point, n'est autre que le reflet du droit du traitement du surendettement de particuliers. En effet, seules les dettes non professionnelles, celles issues d'un cautionnement ou encore celles issues de l'acquittement solidaire de la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société, peuvent faire l'objet d'un traitement dans le cadre du surendettement des particuliers⁵⁹⁹. Dès lors, est-ce une volonté du législateur de borner les mesures préventives aux dettes qui peuvent être intégrées dans le traitement du surendettement des particuliers ? Si tel était le cas, cette position est doublement critiquable. Tout d'abord, elle rend relativement illisible, tant pour l'emprunteur que pour le prêteur, le régime régissant le contrat de prêt et le contrat de cautionnement. D'autre part, elle met en place des solutions qui peuvent paraître absurdes. L'exemple peut être donné d'un professionnel qui a, à la fois emprunté pour les besoins de son activité professionnelle, et qui s'est rendu caution de l'une des dettes de la société qu'il dirige. Selon les dispositions consuméristes, en cas d'un simple manquement aux règles de formation de l'acte de cautionnement⁶⁰⁰, la nullité de ce dernier va être prononcée car on considère qu'elle empêche la personne qui se porte caution de mesurer la portée de son engagement. Mais, à l'inverse, relativement à son engagement en tant qu'emprunteur, aucune aide ne lui sera procurée par le droit de la consommation. De surcroît, si la dette née de l'emprunt ne rentre pas dans le champ d'application des dispositions du traitement des entreprises en difficultés⁶⁰¹, l'emprunteur se retrouvera devant un vide juridique. Ainsi, quand

⁵⁹⁹ Selon la terminologie de l'article L. 330-1 du Code de la consommation : *préc.*

⁶⁰⁰ Par exemple, manquement à l'article L. 341-2 et/ou L. 341-3 du Code de la consommation.

⁶⁰¹ V. *supra* n° 295.

bien même ferait-il l'objet d'un traitement de ses dettes professionnelles par une des procédures instituées par le Code de commerce et l'objet d'un traitement de son surendettement pour ses dettes personnelles, la réussite de celles-ci se trouvera largement compromise. Dans le cadre de ces procédures, le reste à vivre⁶⁰² qui est laissé au débiteur en déconfiture ne lui permettra pas de faire face à la fois à ses besoins et au remboursement des dettes qui ne sont pas prises en compte dans l'une ou dans l'autre des procédures d'insolvabilité. De ce fait, le débiteur aura beaucoup de peine à honorer un quelconque plan amiable.

B. LA DIFFICILE DÉTERMINATION DU RÉGIME APPLICABLE AU CONTRAT DE CRÉDIT ET DE CAUTIONNEMENT

336. La difficile détermination du régime applicable aux contrats de cautionnement et de crédit trouve sa source dans la confrontation délicate du droit de la consommation et du droit commun des contrats, mais également au regard du foisonnement législatif qui alimente le droit de la consommation. En effet, le particulier se trouve obligé de déterminer sous l'empire de quelle loi du droit de la consommation va relever son contrat, mais également il devra jongler entre les règles prétoriennes du droit des contrats et les règles légales issues du droit de la consommation. De la sorte, dans le cadre du contrat de cautionnement, si la détermination du régime applicable est ardue pour une personne initiée elle s'avère pratiquement impossible pour le novice (1). De la même manière, la détermination du régime applicable pour le contrat de crédit peut s'avérer délicate (2). Or, destinée à venir en aide aux personnes économiquement et socialement vulnérables, cette difficile détermination peut s'avérer préjudiciable et amoindrir l'efficacité des mesures mises en place

⁶⁰² Cette notion de reste à vivre est définie à l'article L. 331-2 du Code de la consommation. Ce reste à vivre correspond aux « ressources nécessaires aux dépenses courantes du ménage ». Elle intègre les « dépenses de logement, d'électricité, de gaz, de chauffage, d'eau, de nourriture et de scolarité, de garde et de déplacements professionnels ainsi que les frais de santé ».

notamment au regard de l'importance de la connaissance des règles par rapport à l'effet dissuasif de la sanction⁶⁰³.

1. Quant au contrat de cautionnement

337. Le premier élément de détermination du régime applicable au contrat de cautionnement concerne la date de la conclusion de l'acte. Ainsi, si le contrat de cautionnement est conclu avant l'entrée en vigueur de la loi « Dutreil »⁶⁰⁴, le contrat de cautionnement relèvera du régime prétorien alors que, s'il est conclu postérieurement à cette date, il relèvera des dispositions du Code de la consommation. La difficulté tient au fait qu'à l'intérieur de ces deux régimes, il existe des subdivisions relatives, soit à la nature du contrat de cautionnement, soit à la nature de la dette garantie par l'acte de cautionnement. De ce fait, la subdivision à l'intérieur de ces catégories tient au caractère authentique ou non de l'acte de cautionnement. Si le caractère authentique est retenu, alors toute disposition relative au formalisme, que ce dernier soit exigé en terme de preuve ou de validité de l'acte⁶⁰⁵, n'est pas applicable⁶⁰⁶. En revanche, pour ce type d'acte, la proportionnalité est exigée, soit par le biais de l'obligation de conseil dont est tenu le notaire⁶⁰⁷, soit par l'article L. 341-4 du Code de la

⁶⁰³ V. *supra* n° 206 et s.

⁶⁰⁴ Une autre difficulté se soulève ici puisque l'obligation de proportionnalité selon l'article L. 341-4 du Code de la consommation s'applique à tous les contrats de cautionnement conclus après la publication de la loi au journal officiel, soit le 05 août 2003. En revanche, s'agissant des mentions manuscrites édictées aux articles L. 341-2 et 341-3 du Code de la consommation, leur applicabilité prend forme six mois après la publication de la loi au journal officiel.

⁶⁰⁵ Avant l'introduction du formalisme issu de la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003, on se référait aux dispositions de l'article 1326 du Code civil. Ainsi, les dispositions de l'article 1326 du Code civil sont exigées en terme de preuves alors que les dispositions des articles L. 341-2 et s. du Code de la consommation sont exigées à peine de nullité.

⁶⁰⁶ Pour les contrats de cautionnement conclus avant l'entrée en vigueur des dispositions de la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003, voir : Cass. com., 20 mars 1990 : *Bull. civ.* IV, n° 83 ; *Defrénois* 1990. 809, obs. L. AYNES. Pour les contrats conclus après l'entrée en vigueur des dispositions de la loi « Dutreil » du 1^{er} août 2003, voir : Cass. com., 6 juillet 2010 : *RLDC* 2010/75, n°3966 note J.-J. ANSAULT ; *JCP G* 2010.789, obs. J.-J. BARBIERI ; *JCP E* 2010. 1764, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2010. 1747 et 2129, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD civ.* 2010. 593, P. CROCQ ; *D.* 2011. 406, obs. P. CROCQ ; *Contrats, conc., consom.* 2010, comm. 263, obs. G. RAYMOND.

⁶⁰⁷ Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2006 : *RD bancaire et fin.* 2007, n°64, obs. D. LEGEAIS ; *JCP G* 2007. I. 158, obs. Ph. SIMLER.

consommation⁶⁰⁸. Néanmoins, pour ce qui est de l'exigence de proportionnalité dans le contrat de cautionnement conclu sous seing privé, elle n'est due qu'à la caution non avertie dans le cadre du régime prétorien de l'obligation de mise en garde⁶⁰⁹. A l'inverse, les dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation sont applicables pour toute personne physique qui se porte caution, qu'elle soit avertie ou non⁶¹⁰. Enfin, si le contrat de cautionnement vise à garantir la dette née d'un contrat de crédit à la consommation, il relève des articles L. 313-7 et suivants du Code de la consommation. C'est-à-dire que, pour les contrats de cautionnement garantissant un crédit à la consommation, et conclu avant la loi « Dutreil », le créancier devra respecter les dispositions des articles L. 313-7 et suivants du Code de la consommation. En revanche, ce créancier devra à la fois se référer aux articles L. 313-7 et suivants ainsi qu'aux articles L. 341-2 et suivants du Code de la consommation, pour tout contrat de cautionnement garantissant un crédit à la consommation et conclu après l'entrée en vigueur de la loi « Dutreil ». L'ultime difficulté tient au fait que, nonobstant les dispositions de la loi « Dutreil », et plus particulièrement celles de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, la caution conserve son droit d'agir sur le fondement de l'article 1147 du Code civil pour absence de mise en garde relativement aux capacités financières de l'emprunteur et du risque de non remboursement du prêt par ce dernier⁶¹¹. Tout cela fait largement ressortir que cette articulation du droit commun des obligations et du droit de la consommation dans le cadre du contrat de cautionnement n'est pas chose aisée alors que l'objectif même de ces mesures est de venir en aide aux plus faibles.

⁶⁰⁸ Les dispositions de l'article L. 341-4 ne limite pas leur l'exigence de proportionnalité aux seuls actes sous seing privé.

⁶⁰⁹ Cass. com., 8 octobre 2002 : *JCP G* 2003. II. 10017, note Y. PICOD ; *ibid.* I. 124, obs. Ph. SIMLER ; *JCP E* 2002. 1730, note D. LEGEAIS ; *Contrats, conc., consom.* 2003. 20, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2003. 125, obs. P. CROCQ.

⁶¹⁰ Cass. com. 13 avril 2010 : *RLDC* 1010/72, n° 3848, note J.-J. ANSAULT ; *D.* 2011. 406, obs. P. CROCQ ; *RD bancaire et fin.* 2010. 138, obs. D. LEGEAIS.

⁶¹¹ Cass. com., 16 mars 2010 : *prés.*

2. Quant au contrat de crédit

338. L'articulation du régime légal avec le régime prétorien dans le cadre d'un contrat de crédit est moins complexe que dans le cadre du contrat de cautionnement puisqu'elle relève essentiellement des règles de l'application de la loi dans le temps. Ainsi, tous les contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi « Lagarde » relèvent des dispositions des articles L. 311-8 et L. 311-9 du Code de la consommation. Cela exclu, *de facto*, l'obligation de mise en garde de l'article 1147 du Code civil, puisque le devoir d'explication et de renseignement sur la solvabilité de l'emprunteur a justement pour objet de remplacer la première. Ainsi, le contrat de crédit conclu avant l'entrée en vigueur de la loi « Lagarde » relève de l'obligation de mise en garde, alors que celui qui est conclu postérieurement relève du devoir d'explication. Néanmoins, si cette observation peut être tenue à l'égard de la conclusion d'un crédit à la consommation, une telle affirmation ne tient pas dans le cadre de la conclusion d'un crédit immobilier. En effet, pour ce type de crédit, les règles du régime prétorien de l'obligation de mise en garde sont encore en vigueur. Dès lors, tout contrat de crédit conclu avant l'entrée en vigueur de la loi « Lagarde », qu'il soit de consommation ou immobilier, ainsi que tout contrat de crédit immobilier conclu après l'entrée en vigueur de la loi « Lagarde », répondent du régime prétorien institué au visa de l'article 1147 du Code civil. Enfin, l'ultime distinction tient au montant du crédit à la consommation qui est accordé. En effet, seuls les contrats dont le montant était compris entre 200 € et 21 500 € relevaient du régime consumériste, alors que la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 vient étendre le champ d'application de ces règles aux contrats ne dépassant pas 75 000 €.

339. Par ailleurs, il n'existe pas, contrairement aux règles relatives au contrat de cautionnement, de distinction selon la forme authentique ou non de l'acte de crédit. Ainsi, suivant l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere*

*debemus*⁶¹², il semblerait que les règles relatives au contrat de crédit, édictées par le Code de la consommation, trouvent à s'appliquer alors même que ce dernier est formé sous forme authentique. Cette approche nous semble superfétatoire en ce sens que le notaire est tenu d'un devoir de conseil envers ses clients et que, par conséquent, les dispositions du Code de la consommation apparaissent inutiles dans un tel cadre. Cela rejoint le régime prétorien pour lequel, dans le cadre d'un contrat de crédit accordé sous la forme authentique, le notaire est tenu de son obligation de conseil, sans que cela dispense la banque de son obligation de mise en garde⁶¹³.

340. L'illisibilité du droit de la prévention du surendettement des particuliers ne se constate pas seulement au regard des règles de formation du contrat de crédit à la consommation et du contrat de cautionnement, mais également au regard des règles procédurales qui encadrent ces dispositions.

§ 2. LE DÉSINTÉRÊT DU DROIT DE LA CONSOMMATION DU RÉGIME DE L'ACTION DE L'EMPRUNTEUR

341. Conséquence de l'intérêt porté par le droit de la consommation, plus à la régulation du marché du crédit à la consommation qu'à la protection de la personne vulnérable au risque de surendettement, les règles procédurales encadrant l'action de l'emprunteur contre le prêteur ne font l'objet d'aucunes dispositions spécifiques. Ainsi, si on peut saluer l'intervention législative du 11 décembre 2001⁶¹⁴ mettant fin à l'injustice dont étaient victime les emprunteurs, les différentes interventions législatives qui ont suivi ne se sont jamais préoccupées de la détermination d'un régime procédural propre à l'action de

⁶¹² Là où la loi ne distingue pas, il n'y pas lieu de distinguer.

⁶¹³ Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2009 : *D.* 2010. Act. 346, obs. S. de la TOUANNE ; *Dr. et Patrimoine* 2009. Pan. n° 187, L. AYNES.

⁶¹⁴ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, dite « Murcef » : *prés.*

l'emprunteur. Or, cela peut paraître paradoxal puisque, cherchant à travers la législation consumériste à mettre en œuvre un régime protecteur de l'emprunteur, on peut s'étonner du silence du législateur sur les règles procédurales de l'action de la personne qu'il tente de protéger. En effet, se retrouvant soumis aux règles de droit commun, les règles encadrant l'action de l'emprunteur sont éparpillées dans différents codes.

342. De la sorte, ne bénéficiant pas d'un régime spécifique, le consommateur-emprunteur se retrouve soumis aux règles procédurales de droit commun⁶¹⁵. La difficulté réside à la fois dans la possibilité pour l'emprunteur-consommateur de ne pas recourir à l'office d'un avocat⁶¹⁶ mais surtout dans la circonstance que les règles procédurales seront déterminées selon la nature de l'action de l'emprunteur. En effet, ce dernier devra jongler entre les dispositions du Code civil (A) mais également avec celles du Code de commerce (B).

A. LA COMPÉTENCE DU CODE CIVIL POUR L'ACTION TENDANT À LA NULLITÉ DU CONTRAT DE PRÊT

343. Selon l'article 1304 du Code civil, « dans tous les cas où une action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée dans un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans ». Ainsi, puisque le Code de la consommation n'édicte aucune règle spécifique à l'action de l'emprunteur, ce dernier se retrouve soumis, pour ce qui est de son action en nullité de la convention de prêt, aux dispositions de droit commun. Disposant d'un délai de prescription de cinq ans pour agir en nullité, le traitement réservé à l'action de

⁶¹⁵ Il peut toutefois être remarqué que, nonobstant l'absence de texte relatif à l'action de l'emprunteur, si le délai biennal contraint le prêteur, il constitue avant tout une mesure procédurale en faveur du consommateur.

⁶¹⁶ En effet, alors que le Code de la consommation attribue une compétence exclusive du tribunal d'instance pour les litiges ayant trait à un contrat de crédit à la consommation, le Code de l'organisation judiciaire dispense du recours à un avocat pour les litiges se tenant devant le tribunal d'instance.

l'emprunteur-consommateur est le même que celui réservé à l'action des contractants de droit commun.

344. L'opportunité d'un délai de cinq ans quant à l'action de l'emprunteur reste discutable. En effet, si celui-ci peut apparaître relativement raisonnable dans le cadre d'un crédit affecté ou amortissable⁶¹⁷ qui sont d'une durée assez courte, la même observation ne tient plus quant au crédit constituant une réserve d'argent. Or, constamment souligné par le législateur, c'est celui-là même qui représente le plus de danger face au risque de surendettement. Il apparaît ainsi étonnant que l'action de l'emprunteur ne soit pas dotée d'un régime spécifique à l'instar de l'action du prêteur. De surcroît, hormis les rares cas dans lesquels l'emprunteur n'aurait pas commencé à exécuter son obligation consistant dans le règlement des premières échéances, ce dernier ne bénéficiera pas de la perpétuité de l'exception de nullité⁶¹⁸. En effet, il est de jurisprudence constante que l'exception de nullité est réservée aux seuls actes juridiques n'ayant pas encore été exécutés⁶¹⁹.

B. LA COMPÉTENCE DU CODE DE COMMERCE POUR LES ACTIONS TENDANT À LA DÉCHÉANCE DU DROIT AUX INTÉRÊTS

345. L'article 1304 du Code civil étant édicté pour les seules actions en nullité ou en rescision, les dispositions de ce dernier ne pouvaient donc pas être utilisées pour l'action introduite par l'emprunteur tendant à la déchéance du droit aux intérêts du prêteur. Or, s'agissant d'une obligation entre commerçant et non-commerçant, la Cour de cassation a décidé d'appliquer à la demande de

⁶¹⁷ Dans le cadre d'un crédit destiné à l'achat d'un véhicule, la durée moyenne constatée est de 4 ans et demi.

⁶¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1998 : *Bull. civ.* I, n° 338 ; *JCP G* 1999. I. 171, n° 5, obs. M. FABRE-MAGNANT ; *JCP E* 1999. 56, note P. MORVANT ; *Defrénois* 1999. 364, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1999. 621, obs. J. MESTRE.

⁶¹⁹ Pour une critique de cette position jurisprudentielle voir : J.-L. AUBERT, « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », in *Etudes offertes à Monsieur Jacques Ghestin, Le contrat au début du XX^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 19, spéc. n° 12 et s.

déchéance du droit aux intérêts du prêteur la prescription décennale de l'article L. 110-4 du Code de commerce. Ainsi, s'agissant du délai qui lui est imparti pour formuler une demande tendant à une telle déchéance, l'emprunteur se trouve soumis à des dispositions édictées par le Code de commerce. Cet éparpillement des textes relatifs à l'action de l'emprunteur ne vient pas faciliter l'appréhension que ce dernier peut avoir sur le régime qui lui est applicable. De surcroît, le Code de commerce n'étant pas destiné à venir en aide aux plus faibles, les variations législatives qu'il subi ne sont pas dans l'intérêt du consommateur qui s'y trouve pourtant soumis. En effet, le tempérament apporté aux conséquences de l'éparpillement des textes était celui de la durée de la prescription introduite par l'article L. 110-4 du Code de commerce. De la sorte, il apparaissait plus avantageux pour l'emprunteur que l'action tendant à la déchéance des intérêts du prêteur soit prescrite dans un délai de dix ans. Or, la loi du 15 juin 2008⁶²⁰ portant réforme de la prescription civile est venue ramener à cinq ans le délai introduit par l'article L. 110-4 du Code de commerce. Force est de constater alors que, loin d'être avantageuse, la réforme de 2008 est venue amoindrir les droits de l'emprunteur dont on cherche sans cesse à améliorer la situation. Il nous semble ainsi nécessaire, dans la perspective d'assurer, à la fois une certaine lisibilité, et la mise en place d'un régime procédural favorable à l'emprunteur, que le Code de la consommation s'intéresse également aux règles procédurales, notamment de prescription de l'action de l'emprunteur.

⁶²⁰ Loi n° 2008-561 du 15 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : JO du 18 juin 2008, p. 9856.

SECTION II.

L'ÉVOLUTION NÉCESSAIRE DES MESURES DE PRÉVENTION SELON LES FORMES DE SURENDETTEMENT

346. Il a été mis en évidence qu'il existait des confusions établies entre la notion de crédit et la notion d'endettement, mais également entre la notion d'emprunteur-consommateur et de débiteur vulnérable face au risque de surendettement. Il est à noter que, d'une certaine manière, le droit commun des obligations cantonne à l'instar du droit de la consommation, l'obligation de mise en garde, au domaine du crédit et du cautionnement, tout en ne visant que l'emprunteur non averti. Ces confusions, qu'elles soient issues du droit de la consommation ou du droit commun des obligations, emportent une inadaptabilité des mesures de prévention du surendettement des particuliers au regard de la typologie du surendettement des particuliers (§1). Par ailleurs, cette inadaptabilité actuelle des mesures de prévention du surendettement des particuliers à la typologie du surendettement nous amènera à identifier la typologie complexe du phénomène à prévenir (§2).

§ 1. L'INADAPTABILITÉ DES MESURES DE PRÉVENTION AUX DIVERSES FORMES DE SURENDETTEMENT

347. Deux conséquences à l'échec de la prévention législative peuvent être soulevées. Les confusions opérées dans l'élaboration des règles préventives entraînent une mauvaise évaluation législative du champ d'application que devrait recouvrir lesdites mesures (A). Parallèlement, ces confusions emportent également une mauvaise évaluation du moment auquel devraient intervenir les mesures de prévention (B).

A. L'INADAPTABILITÉ DES MESURES DE PRÉVENTION AU REGARD DE LA TYPOLOGIE DU SURENDETTEMENT QUANT À LEUR CHAMP D'APPLICATION

348. Ainsi que nous l'avons démontré, il existe une confusion, qu'elle soit d'origine législative, jurisprudentielle ou doctrinale, entre les notions de crédit et d'endettement. Par ailleurs, loin d'être propre au droit de la consommation, nous pouvons relever que de manière indirecte, le droit commun, par le biais de la jurisprudence, vient également cantonner l'obligation de mise en garde au domaine de l'activité bancaire. Ainsi, et à l'instar des mesures préventives édictées par le droit de la consommation, le champ de l'obligation de mise en garde est cantonné aux opérations de crédit et aux actes de cautionnement. Que ce soit par application des règles de droit commun des obligations ou celles du droit de la consommation, seuls les emprunteurs bénéficient d'une prévention. Or, indépendamment du constat que les mesures de prévention mises en place ignorent, par le biais de ces confusions, de nombreuses causes du surendettement des particuliers, elles emportent également pour conséquence fâcheuse de ne pas alerter le débiteur vulnérable face au risque de surendettement qu'il encourt dans ses relations extra-bancaires. Ainsi, un débiteur pourrait légitimement croire être l'abri d'un risque de surendettement pour la simple raison qu'il n'a pas contracté, ou alors de manière très raisonnable, de crédit ou de contrat de cautionnement. Encore une fois une telle affirmation est erronée car il est beaucoup trop réducteur d'affirmer que, puisque les crédits sont présents dans 88% des dossiers déposés auprès des commissions de surendettement⁶²¹, le crédit est la cause principale de surendettement. En effet, ce serait ignorer que, l'accumulation de petits crédits, peut s'analyser comme une conséquence d'un surendettement préexistant. De surcroît, ces confusions sont à l'origine de l'absence de développement de mesures de prévention du surendettement dans des domaines ne relevant pas exclusivement du crédit ou encore du droit de la consommation. Là encore, il est curieux de constater l'absence de mesures de prévention du surendettement des particuliers

⁶²¹ Selon les chiffres avancés par la Banque de France dans son enquête typologique sur le surendettement des ménages de mars 2014 : *préc.*

dans des liens contractuels tels que les baux à usage d'habitation, ou encore au moment de la rupture d'un contrat de mariage. Il est ainsi étonnant de constater que, parmi les personnes déposant des dossiers de surendettement, 78 % d'entre elles sont locataires contre 6.5 % de propriétaires accédant, alors que parallèlement, le législateur met en place une prévention du surendettement des particuliers dans le cadre du crédit immobilier et n'édicte aucune mesure préventive dans le cadre de la conclusion d'un bail à usage d'habitation. Par ailleurs, cela ne fait que renforcer l'idée selon laquelle, le droit de la consommation s'inscrit plus dans une régulation du marché du crédit et du cautionnement que dans le cadre de la prévention du surendettement des particuliers.

B. L'INADAPTABILITÉ DES MESURES DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT DES PARTICULIERS AU REGARD DE LA TYPOLOGIE DU SURENDETTEMENT QUANT AU MOMENT DE LEUR INTERVENTION

349. Nonobstant les remarques que nous venons de faire sur la relative efficacité des mesures préventives du surendettement, qu'elles soient d'origine légale ou prétorienne, dans le cadre du crédit et du cautionnement, nous ne pouvons pas affirmer qu'elles ne représentent aucune utilité dans la prévention du surendettement des particuliers. Autrement dit, si la prévention du surendettement dans le cadre de la conclusion d'un contrat de crédit apparaît, en tant que telle, opportune, elle reste incomplète dans son élaboration. En effet, et notamment au regard de la typologie du surendettement des particuliers, la seule intervention des mesures de prévention au moment de la conclusion de l'acte de crédit est insuffisante au regard du surendettement passif. Il est effectivement établi, que ce type de surendettement vient frapper les « accidentés de la vie ». Ainsi, celui qui se retrouve surendetté passif, loin d'avoir inconsidérément conclu des crédits, se retrouve surendetté par la survenance d'un évènement indépendant de sa volonté. Or, dans un tel cas de figure, la cause de son surendettement trouve sa source dans une diminution soudaine de ses capacités financières et aucune prévention n'est mise en place

lorsque les difficultés de remboursement de crédits préexistants commencent à se faire sentir. Dès lors, le bénéfice de la prévention mise en place, que celle-ci résulte de la jurisprudence de droit commun ou de dispositions légales, se trouve largement amoindri, puisque le surendettement prend majoritairement la forme passive. En effet, si l'état de surendettement prend naissance après la conclusion du ou des contrat(s) de crédit par le débiteur, tout l'arsenal préventif mis en place dans le droit positif s'avère inefficace.

350. Un parallèle intéressant peut ici s'opérer avec le droit des entreprises en difficultés quant au moment de l'intervention de la prévention des difficultés financières de l'entreprise. Les dispositions du Code de commerce sont, à notre sens, plus adaptées dans la chronologie de l'apparition des difficultés. En effet, mis à part le contrat de cautionnement commercial qui est désormais soumis aux dispositions du Code de la consommation⁶²², la conclusion d'un contrat commercial reste dominée par une grande liberté contractuelle et la prévention des difficultés se met en place lorsque celles-ci apparaissent réellement. Ainsi, le Code de commerce ne s'attache pas à la nature du contrat conclu ou à la nature des dettes ainsi créées, mais s'intéresse à la santé patrimoniale de l'entreprise pour déterminer l'application des règles préventives et de traitement des entreprises en difficultés. Cette position est on ne peut plus logique puisque c'est la vulnérabilité économique du débiteur qui détermine la mise en place du régime dérogatoire de prévention et de traitement des difficultés. Cela emporte plusieurs conséquences par rapport à la prévention du surendettement des particuliers. Cette approche faite par le Code de commerce permet de ne pas entraver toute l'activité commerciale puisque, lorsqu'aucune difficulté n'est ressentie par le débiteur, c'est le libéralisme contractuel qui domine. Cela a pour effet de responsabiliser les débiteurs dans leurs décisions. De surcroît, cette position jurisprudentielle permet la mise en place d'une prévention et d'un traitement beaucoup plus efficaces. En effet, tel que cela a déjà été souligné,

⁶²² Articles L. 341-2 et suivants du Code de la consommation.

L'absence d'articulation du régime préventif mis en place par l'appréciation de la vulnérabilité du débiteur dans le droit de la consommation a pour effet corrélatif d'empêcher de développer cette prévention. Prenons l'exemple du délai de rétractation, si ce dernier peut nettement entraver les activités spéculatrices d'un emprunteur en bonne santé patrimoniale, il peut s'avérer insuffisant pour l'emprunteur vulnérable face au risque de surendettement. Or, puisque ces deux derniers relèvent du même régime, on ne peut pas allonger la durée du délai au risque de paralyser la croissance économique pour l'un et d'insuffisamment développer la prévention pour l'autre. Par ailleurs, la lacune du droit de la prévention du surendettement des particuliers réside certainement dans cette intervention de la prévention qui ne prend forme qu'au moment de la conclusion du contrat. En effet, lorsque l'on examine les dispositions préventives du surendettement, qu'elles soient issues du droit commun ou du droit de la consommation, on constate que l'emprunteur est presque infantilisé en tant que contractant. En revanche, quand il se trouve dans la relation contractuelle, aucune prévention n'intervient. Or, comme nous l'avons déjà souligné, cette approche est incompatible avec le surendettement passif qui survient en cours d'exécution du contrat. C'est-à-dire que la mutation du surendettement actif en surendettement passif a pour effet de déplacer le moment de la fragilisation du débiteur, qui n'est plus vulnérable au moment de son engagement contractuel, mais au cours de son exécution. De surcroît, cette vulnérabilité, face au risque de surendettement, peut entraîner des effets sur l'exécution d'une convention alors même que celle-ci n'a pas contribué à l'apparition de cet état. Autrement dit, l'état de surendettement d'un débiteur viendra paralyser l'exécution d'une convention alors même que cette convention n'est pas directement à l'origine de l'apparition des difficultés économiques. Ainsi en est-il du débiteur surendetté suite à une séparation qui ne plus honorer ses mensualités de locataire. En effet, ce ne sont ni son contrat de bail ou ses éventuels contrats de crédit à la consommation qui sont à l'origine de cette incapacité, mais son statut de célibataire l'obligeant à assumer seul toutes les charges courantes, et notamment celles relatives à son logement. Or, en l'état du droit positif, aucune prévention n'existe dans un tel cas de figure puisque, en plus d'être uniquement

orientée vers les actes de crédits ou de cautionnement, la prévention mise en place n'intervient qu'au moment de l'engagement dans un tel contrat.

351. De la sorte, nous pouvons affirmer que deux facteurs sont à l'origine de l'inefficacité de la prévention du surendettement des particuliers en droit positif. D'une part, elle résulte directement du champ très restrictif dans lequel intervient une telle prévention : les actes de crédits et de cautionnement, tandis que tous les autres domaines contractuels sont occultés comme s'ils ne pouvaient pas être source de surendettement. D'autre part, il s'agit de l'instant de l'intervention de la prévention qui n'a lieu qu'au moment de l'engagement du débiteur. Concrètement, la difficulté de la prévention du surendettement des particuliers réside dans le caractère multifactoriel du phénomène. En effet, un débiteur vulnérable face au risque de surendettement ne peut être réduit à un simple consommateur-emprunteur pas plus que les dettes non professionnelles ne peuvent être réduites aux dettes nées d'un emprunt ou d'un cautionnement.

352. Il apparaît ainsi que le surendettement que l'on tente de prévenir est d'une typologie complexe et que seule une réelle identification de celle-ci permettra la mise en place de mesures préventives efficaces.

§ 2. LA PRÉVENTION DES FORMES COMPLEXES À REPENSER

353. L'efficacité des mesures de prévention se heurte à la complexité du phénomène du surendettement. En effet, la typologie de celui-ci empêche que sa prévention soit édictée par une branche spécifique du droit. Autrement dit, les diverses situations de surendettement ne peuvent pas être prévenues par les mêmes mesures préventives, en ce sens qu'une prévention qui se veut efficace doit, dans la mesure du possible, être le reflet du phénomène qu'elle tente d'endiguer. En effet, face au surendettement actif les mesures de prévention du surendettement doivent naturellement s'orienter vers les actes de crédit et de

cautionnement puisque c'est par l'accumulation de ces derniers que le surendettement prend forme (A). A l'inverse, ces mêmes règles se révèlent être d'une certaine inutilité dans la prévention du surendettement passif (B).

A. L'OPPORTUNITÉ DE L'APPROCHE LÉGISLATIVE FACE AU SURENDETTEMENT ACTIF

354. De moins en moins présente dans la typologie du surendettement, cette forme de surendettement est certainement celle qui est la mieux appréhendée par le législateur. En effet, cette forme de surendettement bénéficie directement de toutes les mesures de prévention mises en place par le Code de la consommation, dans le cadre de l'octroi de crédit à la consommation ou encore immobilier. De la sorte, encadrant aujourd'hui la majorité des contrats de crédits⁶²³, l'arsenal composé par la législation consumériste nous semble opportun dans la prévention du surendettement actif. S'il nous apparaît, néanmoins, que certaines règles préventives peuvent être améliorées⁶²⁴, il n'en reste pas moins que cette forme de surendettement est la mieux prévenue. Insuffisamment souligné, la législation mise en place dans le cadre du droit du surendettement des particuliers a sensiblement fait baisser le nombre de surendettés actifs en ce sens que cette forme de surendettement apparaît aujourd'hui comme résiduelle, ce qui était loin d'être le cas au moment de l'adoption de la loi « Neiertz ». Par ailleurs, étant directement le résultat d'un comportement de consommation, sinon irresponsable, tout du moins irréfléchi, il nous semble opportun que le droit de la consommation vienne lui-même mettre en place des mesures préventives contre cette forme de surendettement. En effet, dans le cadre de cette forme de surendettement il serait vain de sortir du domaine du droit de la consommation, et plus précisément de celui du crédit, puisque c'est celui-là même, par un recours excessif qu'en fait le débiteur, qui

⁶²³ Les dispositions consuméristes s'appliquent pour tous les contrats de crédits conclus entre un professionnel et un consommateur dont le montant est compris entre 200 et 75000 €.

⁶²⁴ V. par exemple la loi Hamon qui impose de proposer un crédit amortissable à la place du crédit renouvelable pour les achats supérieurs à 1500 €, pourquoi un tel seuil ?

plonge ce dernier dans une telle situation. Enfin, l'ultime mesure qui pourrait être mise en place dans la prévention du surendettement actif est la création d'un fichier positif, autrement dénommé « fichier des crédits aux particuliers »⁶²⁵. Or, présentant une efficacité dans le seul cadre de la prévention du surendettement actif, la décision du Conseil constitutionnel du 13 mars 2014⁶²⁶ qui considère que la création d'un tel fichier « porte une atteinte au droit au respect de la vie privée qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi », peut prendre tout son sens. En effet, alors que le surendettement actif ne concerne qu'une partie résiduelle des personnes surendettées il apparaît effectivement disproportionné de venir ficher l'ensemble des personnes ayant recours au crédit.

355. Ainsi, si le recours au droit de la consommation dans le cadre de la prévention du surendettement actif peut se montrer opportun et nécessaire, il s'avère, en revanche, que le recours à ce droit spécial dans la prévention du surendettement passif est vain, alors que c'est ce dernier qui prend de plus en plus d'ampleur.

B. L'INUTILITÉ DE L'APPROCHE LÉGISLATIVE DANS LA PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT PASSIF

356. Ainsi que nous l'avons déjà établi, une prévention qui se veut efficace doit appréhender au mieux le phénomène qu'elle tente de prévenir. Dès lors, ne s'agissant pas d'un phénomène de consommation, il semble que le droit de la consommation est inefficace dans la prévention du surendettement passif. En effet, le législateur pourra mettre en place toutes les règles du droit de la consommation possibles, elles ne seront d'aucune efficacité dans la lutte contre le surendettement passif. De surcroît, il semble que cette forme complexe de

⁶²⁵ Nom donné à un tel fichier par la loi « Hamon » du 17 mars 2014 : *préc.*

⁶²⁶ DC n° 2014-690 du 13 mars 2014, *Loi relative à la consommation, préc.*

surendettement abrite en réalité deux sous-catégories qui correspondent à la procédure de rétablissement personnel avec ou sans liquidation de l'actif. On peut considérer qu'un débiteur surendetté passif qui peut être orienté vers la procédure de rétablissement personnel avec liquidation d'un actif patrimonial n'a pas le même profil qu'un débiteur surendetté dont l'actif patrimonial ne permet pas de liquidation. Autrement dit, la catégorie des endettés passif peut être scindée en deux sous catégories selon la composition patrimoniale de la personne ou du ménage surendetté car cet état témoigne d'une précarité à l'origine ou non de l'état de surendettement. Il ne s'agit pas de réserver un traitement différent du surendettement à telle ou telle catégorie, mais de venir adapter au mieux les mesures de prévention. En effet, selon la composition du patrimoine dont elle dispose, la personne surendettée et/ou son foyer, peut, soit bénéficier d'un plan amiable de recouvrement de ses dettes, soit bénéficier d'une procédure de redressement qui, là encore, selon cet état patrimonial, se fera avec ou sans liquidation de l'actif.

357. Ainsi, la première des sous-catégories peut se composer de personnes durablement installées dans la précarité pour lesquelles le droit de la consommation est inadapté pour prévenir, chez celles-ci, un état de surendettement. Or, dans les situations où le surendettement passif prend inéluctablement forme en raison d'une insuffisance de ressources ne permettant pas de faire face ne serait-ce qu'aux charges de la vie courante, on peut raisonnablement considérer que la majorité des personnes frappées par un tel surendettement se verront conduites vers la procédure de redressement personnel sans liquidation de l'actif patrimonial⁶²⁷. La prévention d'un tel surendettement s'avère extrêmement délicate puisqu'il ne s'agit pas de la survenance d'un événement déstabilisant ponctuellement un particulier et/ou

⁶²⁷ En effet, dans ces situations la liquidation de l'actif ne peut intervenir puisque justement le patrimoine est quasiment inexistant en ce qu'il ne permet pas de faire face aux charges de la vie courante. Or, on ne peut pas liquider quelque chose qui n'existe pas. On se trouve ici face à la forme de surendettement la plus dure pour les personnes qui le subissent, et la plus compliquée pour les pouvoirs publics, qu'ils soient judiciaires ou sociaux. En effet, cette forme de surendettement est extrêmement complexe à prévenir.

son foyer, mais de personnes qui, pour des raisons d'éducation, de formation professionnelle ou encore sociales, s'installent durablement dans la précarité. Dès lors, puisque la loi des chiffres est intraitable, la prévention d'un tel surendettement s'avère difficile en ce que la chance d'un retour à meilleure fortune est pratiquement inexistante. Ainsi, seul l'accompagnement par les organismes sociaux peut prévenir, le surendettement de ces personnes. De la sorte, la mise en place des procédures d'alerte⁶²⁸, menant à un accompagnement précoce de la personne en situation de précarité, peut prévenir tant que faire se peut, le surendettement dont il est question. Ces mesures d'alerte et d'accompagnement⁶²⁹ peuvent en outre éviter que les débiteurs les plus démunis retombent en situation de surendettement.

358. L'autre sous-catégorie des surendettés passifs est constituée par des débiteurs ayant à faire face, de façon plus ou moins durable, à une baisse sensible de leurs revenus. Il s'agit là de personnes, disposant d'un patrimoine plus ou moins conséquent, mais qui, à l'inverse des surendettés actifs, ont une gestion raisonnable de celui-ci. Ainsi, relativement à la capacité de ce patrimoine, la personne contracte des crédits et, plus généralement, des obligations à exécution successive. Autrement dit, nous sommes face « au bon père de famille », correctement inséré dans la société et qui gère bien son budget. Ce qui fait basculer de telles personnes en situation de surendettement est la survenance d'un événement plus ou moins imprévisible mais entièrement irrésistible⁶³⁰. Pour ceux-là, comme pour les surendettés passifs installés dans une trop grande précarité, le développement des règles relatives au crédit ou au cautionnement par le droit de la consommation est vain. En effet, au moment de contracter un crédit, cette personne dispose du patrimoine nécessaire, et puisque

⁶²⁸ V. *infra* n° 381 et s.

⁶²⁹ En effet, il n'est pas rare de constater que résultant d'une précarité sévère le débiteur qui a bénéficié d'un effacement de ses dettes retombe, à plus ou moins brève échéance, en surendettement.

⁶³⁰ C'est la définition même des accidentés de la vie qui tombent en situation de surendettement par la survenance d'une période de chômage trop longue et mal anticipée, par un divorce qui vient multiplier les charges auxquelles la personne doit faire face...

le surendettement trouve son origine dans un évènement imprévisible se réalisant après la conclusion dudit contrat, les difficultés ne peuvent pas être anticipées au moment où il consent à l'acte. Par ailleurs, puisqu'à l'origine, la personne ne se trouve pas dans une situation de précarité, elle ne pourra pas relever des conditions permettant de bénéficier des aides et des conseils des organismes sociaux.

359. De la sorte, il est incohérent d'adopter une démarche purement consumériste à l'égard de ces deux formes de surendettement passif puisque ce n'est pas un acte de consommation, quelque soit sa forme, qui est à l'origine de l'état de surendettement. Par ailleurs, il est difficilement concevable, dans la perspective d'une prévention efficace, d'édicter les mêmes règles préventives pour un surendettement qui trouve son origine dans des causes n'ayant pas la même nature. Il semble ainsi fondamental d'adopter une approche transversale du surendettement permettant la mise en place de règles préventives en dehors du champ consumériste. Nonobstant les remarques que nous avons faites sur la typologie du surendettement, il est important de souligner que les frontières entre telle ou telle forme de surendettement ne sont pas entièrement étanches. Ainsi, un débiteur qui se trouve en difficultés suite à un recours excessif au crédit pourrait trouver un certain salut dans les mesures préventives originaires destinées à prévenir un surendettement passif. A l'inverse, les mesures préventives du surendettement mises en place dans le cadre du crédit à la consommation, jouent un rôle évident dans la prévention du surendettement passif en ce sens qu'elles peuvent éviter que le débiteur ait recours au crédit en réponse à ses difficultés financières. Dès lors, ce n'est pas l'inutilité des règles issues du droit de la consommation qui doivent être dénoncées mais plutôt la prévention incomplète qu'elles offrent face à une forme de surendettement ne trouvant pas sa source dans un acte de consommation.

CHAPITRE II.

LES APPORTS D'UNE APPROCHE TRANSVERSALE DU DROIT DU SURENDETTEMENT AU PROFIT DE SA PRÉVENTION

360. Face aux formes complexes de surendettement qui met ainsi en lumière que ce phénomène n'est pas uniquement un problème de consommation, il est nécessaire de redéfinir la nature même du droit du surendettement. Crise contractuelle globale du contractant, le surendettement vient affecter l'ensemble de ses rapports contractuels. Ainsi, ce n'est pas tant, le comportement du contractant, ni la qualité de l'acte conclu, qui sont à l'origine du surendettement mais plutôt la situation économique du débiteur. Qui plus est, la fragilité économique est d'autant plus source de surendettement si ce débiteur se trouve socialement isolé. Ainsi, le surendettement s'analyse davantage comme la conséquence d'une situation économique et sociale fragile du débiteur qui en fait l'objet. Il est d'ailleurs, à ce titre, intéressant de relever que, s'il est communément admis que toute personne physique encourt un risque de surendettement quelque soit la classe sociale dans laquelle elle évolue, il faut bien admettre que les personnes physiques évoluant dans les sphères sociales les plus aisées sont toutefois plus à l'abri d'une situation de surendettement. En effet, en étudiant de plus près les chiffres avancés par la Banque de France, il apparaît que plus des trois-quarts des ménages surendettés ont des ressources mensuelles inférieures ou égales à 2 000 € et que plus de la moitié d'entre eux, disposent de ressources mensuelles inférieures ou égales au SMIC⁶³¹. Tel que le conclut Monsieur Sébastien Plot, le surendettement concerne avant tout « les populations les plus pauvres »⁶³².

361. Il convient alors de se questionner sur la nature du droit du surendettement, en ce sens que cette redéfinition se fera au profit de sa prévention puisque, mieux adaptées au phénomène, les mesures préventives seront nécessairement plus efficaces (Section 1). Partant, cette redéfinition fera apparaître qu'il est indispensable d'adopter une approche plus sociale du droit du

⁶³¹ Enquête typologique du surendettement, Banque de France, mars 2014 : *préc.*

⁶³² G. GLOUKOVIEZOFF, F. NEUVY et S. PLOT : « Crédit à la consommation et surendettement des ménages » : *préc.*

surendettement qui se fera également au service de la prévention de celui-ci
(Section 2).

SECTION I.

LA REDÉFINITION DE LA NATURE DU SURENDETTEMENT AU SERVICE DE SA PRÉVENTION

362. L'ouverture de nouvelles perspectives préventives passe, à notre sens, par la redéfinition même de la nature du droit du surendettement. En effet, malgré des différences fondamentales entre la prévention et le traitement, les deux actions restent intimement liées. La démarche consiste à se questionner sur l'opportunité du maintien du droit du surendettement dans l'une ou l'autre des sources édictant des mesures de prévention. Plus exactement, il faut déterminer si les sources actuelles de la prévention du surendettement des particuliers, à savoir, le droit de la consommation et le droit commun, peuvent opportunément intégrer le droit du surendettement (§1). Or, face à l'échec de la possible intégration du droit du surendettement dans le droit de la consommation et dans le droit commun des contrats, en raison de son caractère social et dérogatoire, il va apparaître au travers des règles de traitement que ce droit du surendettement a indéniablement une dimension sociale (§2).

§ 1. L'IMPOSSIBLE DÉTERMINATION DE LA NATURE DU DROIT DU SURENDETTEMENT SELON SES SOURCES ACTUELLES

363. La redéfinition de la nature du droit du surendettement oblige à s'interroger sur le maintien du droit du surendettement dans les sources qui édictent actuellement les mesures de prévention et de traitement du surendettement. De la sorte, il convient de s'interroger sur l'opportunité du maintien du droit du surendettement dans le Code de la consommation (A), mais également de s'interroger sur la possible intégration de celui-ci dans le Code civil (B).

A. LE RATTACHEMENT ARTIFICIEL DU DROIT DU SURENDETTEMENT AU DROIT DE LA CONSOMMATION

364. Au-delà des différents constats d'incohérence de la codification du droit du surendettement dans le Code de la consommation, ainsi que des difficultés de lisibilité du droit du surendettement qui résulte de l'articulation des dispositions de droit de la consommation avec celles de droit commun, il nous apparaît que l'inefficacité de ces mesures dépend, entre autre, du champ trop restrictif dans lequel elles sont mises en œuvre. Reprenant pour le reste les remarques déjà développées sur les confusions terminologiques qui sont opérées depuis les lois « Scrivener »⁶³³ et « Neiertz »⁶³⁴, nous pensons qu'il serait salubre de défaire le lien qui existe entre le droit de la consommation et le droit du surendettement. Si le rattachement du droit du surendettement au droit de la consommation emporte moins de conséquence quant à la partie traitement⁶³⁵ que préventif, le lien qui est ainsi établi limite indéniablement tant le développement des mesures préventives que le perfectionnement des mesures de traitement. Ainsi, il existe une certaine abstraction dans le lien établi qui est liée aux objectifs poursuivis par les deux législations (1) mais également qui ressort de la finalité des règles respectivement mises en place (2).

⁶³³ Loi du 10 janvier 1978 : *préc.*

⁶³⁴ Loi du 31 décembre 1989 : *préc.*

⁶³⁵ Les dispositions du traitement du surendettement des particuliers souffrent également de ce rattachement au droit de la consommation en ce qu'elles s'adressent plus à un consommateur qu'à un particulier. En effet, comme le souligne le Professeur Jérôme Julien (« Le sort du bail dans les procédures de surendettement », *in* L'issue des baux immobiliers : du droit à la pratique, Colloque du 12 juin 2012 à la Faculté de droit de Poitiers) les dispositions relatives au traitement s'adressent à un célibataire, propriétaire de son habitation principale. Sont ainsi mal adaptés aux mesures de traitement, tous les ménages vivant en couple (qu'ils soient mariés, pacsés ou concubins), ainsi que tous ceux qui sont locataires. Il s'agit là certainement d'une des grandes lacunes du droit du surendettement qui rejailli à la fois sur l'efficacité des règles tant préventives que curatives. Cela est directement le fruit du rattachement de ce droit au droit de la consommation. En effet, si on prend le cas du logement, comment justifier le fait que ce droit s'adresse plus à la personne accédant à son logement qu'au locataire, si ce n'est que l'accédant à la propriété est tenu d'un contrat de crédit immobilier qui relève des dispositions du Code de la consommation ? De même, en est-il du couple et du célibataire puisque le consommateur est considéré comme une personne seule. Ainsi, plus que la prévention du surendettement des particuliers, c'est l'ensemble du droit du surendettement qui mériterait d'être refondu en dehors du Code de la consommation.

1. Quant aux objectifs des législations

365. Le rattachement du droit du surendettement au droit de la consommation est une pure abstraction en ce sens que les objectifs respectivement recherchés par ceux-ci ne sont pas les mêmes. En effet, le droit de la consommation a pour vocation d'assurer la sécurité des consommateurs mais, également, de réguler les échanges entre ces derniers et les professionnels afin de les mettre sur un même pied d'égalité. Ainsi, le droit de la consommation s'analyse comme un ensemble de mesures ayant pour objectif de protéger le consommateur dans ses relations avec les professionnels en lui permettant de consommer en toute sécurité⁶³⁶ et en adéquation avec ses besoins⁶³⁷. A l'inverse, le droit du surendettement des particuliers a, quant à lui, pour objectif de mettre en place une prévention mais aussi un traitement collectif des dettes contractées par un particulier qui se trouve dans l'impossibilité d'y faire face. Autrement dit, le droit du surendettement vise à prémunir⁶³⁸ un particulier et/ou son foyer contre une précarité et une exclusion sociale fondées sur une déchéance économique. De la sorte, le droit de la consommation et le droit du surendettement n'ont pas la même finalité et, tant que l'on assignera ce rôle à la législation consumériste, le développement de mesures de prévention du surendettement des particuliers plus efficaces sera délicat, voir voué à l'échec.

⁶³⁶ Nous pensons ici à la législation sur la sécurité des produits et des services codifiée aux articles L. 221-1 et suivants du Code de la consommation.

⁶³⁷ Nous visons ici l'obligation générale d'information codifiée à l'article L. 111-1 du Code de la consommation mais également aux obligations d'étiquetage, de délais et conditions de livraison, de prestation, de prix, etc....

⁶³⁸ Tant par les mesures de prévention que par les mesures de traitement du surendettement des particuliers.

2. Quant à la finalité des règles mises en place

366. L'étude respective des deux droits spéciaux que sont le droit de la consommation et le droit du surendettement, fait apparaître une autre différence soulignant l'abstraction de leur rapprochement. Il est à juste titre communément admis que le droit de la consommation est dérogatoire au droit commun des contrats en ce qu'il édicte des règles en faveur d'une certaine catégorie de contractant que sont les consommateurs⁶³⁹ mais aussi parce qu'il est porté atteinte, dans certaines des règles qu'il édicte, à la force obligatoire de l'obligation contractuelle. Or, le droit commun des contrats édicte des règles pour tous les contractants et fait de la force obligatoire de l'obligation contractuelle l'un de ses fondements. Néanmoins, s'il est vrai que le droit de la consommation porte atteinte à la force obligatoire des contrats, cela ne veut pas dire pour autant que son objectif réside dans la libération du consommateur de son obligation contractuelle. Autrement dit, il existe une différence fondamentale dans les différentes atteintes à la force obligatoire du contrat. En effet, le droit de la consommation, mises à part les dispositions de traitement du surendettement, ne vient que partiellement porter atteinte à la force obligatoire du contrat en réputant non écrites des clauses abusives⁶⁴⁰ ou encore en instaurant le délai de réflexion et de rétractation⁶⁴¹. Le projet de réforme du droit des contrats illustre parfaitement ce point puisque, tout en réaffirmant le principe de la force obligatoire d'un contrat, il instaure sur le fondement du droit commun des obligations, un droit de rétractation et de réflexion⁶⁴². De la

⁶³⁹ Il existe néanmoins des situations dans lesquelles les dispositions du Code de la consommation s'appliquent en dehors de la présence d'un consommateur. L'exemple peut être pris du régime du cautionnement introduit par le Code de la consommation. En effet, puisque dans ce cadre le créancier s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession mais également, que les mentions manuscrites s'appliquent pour tout contrat de cautionnement conclu par une personne physique envers un tel créancier, il peut arriver que deux professionnels se trouvent soumis pour le rapport contractuel au droit de la consommation. V. : Cass. com., 10 janv. 2012, n° 10-26.630.

⁶⁴⁰ Alinéa 6 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

⁶⁴¹ Ces délais de rétractation et de réflexion ne sont pas seulement réservés au contrat de crédit à la consommation ou immobilier mais s'exercent pour beaucoup d'autres types de contrats relevant des dispositions du Code de la consommation.

⁶⁴² Article 23 de l'avant-projet de réforme de droit des obligations du 23 octobre 2013 : *préc.* Cet article laisse la possibilité aux parties de prévoir contractuellement de tels délais.

sorte, un rapprochement de plus en plus sensible s'opère entre le droit commun des contrats et le droit de la consommation en ce sens qu'ils tendent, l'un comme l'autre, à l'exécution par les contractants de leur obligation contractuelle. *De facto*, le droit du surendettement apparaît dérogatoire, tant au droit de la consommation que, comme nous allons le voir, au droit commun des contrats.

367. Nonobstant ces informations, il est important de souligner qu'on ne peut pas réduire la prévention du surendettement des particuliers aux seuls contrats de consommation, sans risquer de ne prévenir que les situations issues de l'activité de consommateur du débiteur. Or, s'agissant d'un état de crise sociale du débiteur venant l'empêcher d'honorer ses obligations de paiement, le droit de la consommation ne constitue pas la source juridique appropriée. En effet, comme le souligne le Professeur Luc Grynbaum, d'un point de vue civiliste, le surendettement s'analyse comme « un déséquilibre contractuel global né de l'altération de la situation de contractant »⁶⁴³, ce qui va bien au-delà de la situation de consommateur.

B. LA COMPATIBILITÉ PARTIELLE DU DROIT DU SURENDETTEMENT AVEC LA LOGIQUE CIVILISTE

368. De premier abord, l'idée de placer le droit du surendettement sous l'égide du Code civil peut paraître incongru tant la finalité recherchée par l'un et par l'autre semble s'opposer. En effet, le droit des contrats s'affiche comme étant le défenseur de la stabilité et de la sécurité des transactions. Dès lors, articulé autour du principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, le droit des obligations fait du contrat la loi des parties qui, en tant que telle, est censée rester intangible⁶⁴⁴. A l'inverse, le droit du surendettement a pour finalité

⁶⁴³ L. GRYNBAUM, « La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement », *Contrats, conc., consom.* 2012, n° 8, chron. 16.

⁶⁴⁴ Article 1134 du Code civil.

de venir en aide aux débiteurs en difficulté, quitte à faire prévaloir la bonne santé économique du contractant sur l'existence du contrat. Ainsi, dans les cas les plus obérés, le droit du surendettement n'hésite pas, dans le but de resocialiser autant qu'il est possible le débiteur en difficultés, à effacer les dettes contractuelles de ce dernier. Autrement dit, dans le droit du surendettement des particuliers, la bonne santé économique du débiteur prime sur le maintien du lien contractuel. Nonobstant ces remarques, nous serons amenés à observer qu'une partie du droit du surendettement pourrait s'insérer dans le Code civil sans que ce dernier renonce à ses principes fondateurs (1), mais que l'intégration de l'ensemble de la législation sur le surendettement s'avère impossible (2).

1. La possible intégration des mesures amiables du droit du surendettement dans le Code civil

369. Il semble que la conception du droit du surendettement comme étant « le droit pour le débiteur de ne pas payer ses dettes est quelque peu désuète »⁶⁴⁵. Plutôt que d'y voir la mise en place d'une procédure permettant au débiteur d'échapper à ses obligations, on préfère y voir une procédure permettant au débiteur de ne pas se désocialiser et au créancier de réunir les chances de voir sa créance honorée. Il est ici utile de rappeler que, si le législateur a mis en place une procédure de rétablissement personnel permettant l'effacement des dettes du débiteur, elle s'analyse comme étant la phase ultime du désendettement du débiteur. Autrement dit, y compris dans le cadre du traitement du surendettement des particuliers, il est permis d'affirmer que c'est la sauvegarde de l'obligation qui est avant tout recherchée. En effet, dans un premier temps, par le biais d'un plan amiable⁶⁴⁶, on va, certes modifier

⁶⁴⁵ G. RIPERT, « *Le droit de ne pas payer ses dettes* », DH 1936, chron. 57.

⁶⁴⁶ En effet, la phase amiable du traitement du surendettement consistant dans la mise en place d'un rééchelonnement des dettes, cette mesure n'est pas absente du Code civil. L'article 1244-1 dudit code permet au débiteur en difficultés de solliciter des délais de paiement auprès du juge. Bien évidemment, une réforme de l'article 1244-1 est à envisager en pareil cas puisque contrairement aux dispositions du droit du surendettement, il ne s'agit pas d'un traitement collectif du passif du débiteur mais d'une action individuelle à introduire pour chaque créance due. Par ailleurs, le juge, sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil ne peut accorder des délais de paiement « que dans la limite de deux années »

l'obligation, mais on ne va pas l'anéantir. Or, la modification dont il s'agit est volontaire, en ce sens que, le débiteur et le créancier doivent manifester leur volonté de l'accepter⁶⁴⁷. Cette modification du contenu de l'obligation n'est pas étrangère à la théorie du contrat, puisque, comme le souligne le Professeur Alain Ghozi⁶⁴⁸, elle permet, tout en respectant la volonté des parties, de préserver l'existence même de l'obligation. Ainsi, plutôt que de l'analyser comme le droit permettant au débiteur de ne pas payer ses dettes, nous préférons considérer le droit du surendettement, dans sa partie amiable, comme étant un ensemble de droits et de moyens permettant au créancier d'obtenir, en partie ou totalement, le paiement de la dette qui lui est due par le débiteur en état de surendettement. Néanmoins ce serait s'attacher à une partie du droit du surendettement en occultant le volet curatif de celui-ci.

2. L'obstacle de l'intégration du volet curatif du droit du surendettement dans le Code civil

370. L'intégration du droit du surendettement dans le Code civil, quand bien même elle pourrait relever d'une certaine cohérence, vient directement se heurter à la force obligatoire du contrat⁶⁴⁹ édictée par l'alinéa 1 de l'article 1134

tandis qu'un plan amiable élaboré par une commission de surendettement peut s'étaler sur une durée de sept années selon l'article L. 331-6 du Code de la consommation.

⁶⁴⁷ Selon l'article L. 311-6 du Code de la consommation : « La commission a pour mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créancier ». Néanmoins, la nécessité de l'accord des parties au contrat objet du plan de redressement, tombe en cas d'échec de la mission de conciliation de la commission qui se voit alors attribuer le pouvoir d'imposer la modification du contrat à celles-ci selon les modalités énumérées à l'article L. 331-7 du Code de la consommation.

⁶⁴⁸ A. GHOZI, « *La modification de l'obligation par la volonté des parties* », préf. D. TALLON, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1980, 274 pages.

⁶⁴⁹ Pour la distinction de la force obligatoire du contrat et du contenu obligationnel du contrat, voir P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771. Cette distinction est d'importance car lorsque le juge accorde un délai de grâce au débiteur sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil, ce n'est pas la force obligatoire du contrat qui est tempérée puisque les parties restent obligées mais c'est bien une modification, par le juge, du contenu obligationnel. Il en résulte, ainsi que nous l'avons exposé et suivant le raisonnement de l'auteur, que le plan amiable de rééchelonnement des dettes dans le cadre du traitement du surendettement des particuliers ne se heurte pas directement au principe de la force obligatoire du contrat puisque les parties restent tenues de leur engagement.

du Code civil⁶⁵⁰. Constituant l'un des trois principes⁶⁵¹ directeurs du droit des contrats en droit privé, la force obligatoire des conventions, qui implique à la fois l'intangibilité et l'irrévocabilité de l'engagement contractuel cohabiterait difficilement avec les mesures de traitement du surendettement. Ainsi, l'intangibilité de l'obligation contractuelle s'entend à la fois vis-à-vis des parties, en ce sens qu'elles ne peuvent unilatéralement se défaire de leur engagement⁶⁵², mais également du juge qui ne peut modifier le contenu du contrat⁶⁵³. Or, comme le souligne fort justement le Professeur Luc Grynbaum, l'analyse du droit du surendettement à l'aune du droit des contrats emporte le constat de la création « d'un nouveau type d'acte : le contrat adapté par le juge »⁶⁵⁴. En effet, quand bien même l'interventionnisme du juge dans les conventions n'est pas complètement absent du Code civil⁶⁵⁵, les mesures lui permettant de s'immiscer dans les conventions sont largement limitées⁶⁵⁶. La force obligatoire du contrat s'opposera au droit du surendettement des particuliers en ce qu'elle implique également l'irrévocabilité de l'obligation contractuelle. L'irrévocabilité de

⁶⁵⁰ L'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil dispose que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

⁶⁵¹ Les deux autres principes fondateurs, également posés par l'article 1134 du Code civil étant la liberté contractuelle et la bonne foi.

⁶⁵² On considère en effet que ce que la commune volonté a créé, la même volonté commune peut défaire. Ainsi, le droit des contrats ne s'oppose pas à « la modification du contrat par la volonté des parties », voir. A. GHOZI : « La modification du contrat par la volonté des parties », préc. Cette technique de la modification n'est pas la seule. Sans faire de liste exhaustive, nous pouvons également citer la technique de l'avenant contractuel ou de la révision conventionnelle. Le point commun entre ces techniques est la volonté commune des parties au contrat de venir modifier, réviser ou adapter celui-ci.

⁶⁵³ Autrement appelé principe de non-immixtion du juge dans les contrats.

⁶⁵⁴ L. GRYNBAUM, « La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement », *préc.*

⁶⁵⁵ Il semble intéressant de souligner, qui plus est, que dans le cadre du traitement du surendettement ce sont majoritairement les commissions de surendettement qui sont à l'origine des modifications du contrat, le juge n'intervenant que s'il est sollicité en contestation par l'une des parties (article L. 332-2 du Code de la consommation) ou pour homologation des mesures recommandées par la commission (article L. 332-1 du Code de la consommation). Or, loin d'être un organe juridictionnel, les mesures prises par les commissions de surendettement se heurtent plus directement à l'esprit du Code civil. Pour une discussion sur la nature des commissions de surendettement voir, entre autre : F. FERRIERE, « Nature juridique des commissions de surendettement », *D.* 2006. 2531 ; G. RAYMOND, « La réforme résultant de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 », *Contrats, conc., consom.* 2010, n° 109, étude 11.

⁶⁵⁶ L'article 1244-1 du Code civil en est un parfait exemple puisqu'elle permet au juge d'accorder au débiteur en difficulté et qui en fait la demande des délais de paiement mais dans une proportion moindre que dans le cadre d'un traitement du surendettement des particuliers.

L'obligation s'entend de ce que les contractants ne peuvent se délier de leur engagement que de leur volonté commune, ou « pour les causes que la loi autorise »⁶⁵⁷. Ainsi, mis à part le consentement mutuel des parties à l'extinction de l'obligation, le Code civil énumère à l'article 1234⁶⁵⁸ les différents modes d'extinction des obligations. Or, constituant une liste exhaustive des conditions d'extinction des obligations, l'article 1234 du Code civil ne reconnaît pas, contrairement au droit du surendettement, « l'effacement »⁶⁵⁹ de l'obligation. Constituant assurément une cause d'extinction des obligations dans le cadre du surendettement, l'effacement des créances ne peut pas être rattaché à l'article 1134 du Code civil. La nature de cette technique de disparition pure et simple de l'obligation, fondée sur l'insolvabilité du débiteur survenue après la conclusion du contrat ne peut pas se rattacher à une quelconque cause d'extinction des obligations édictées par l'article 1134 du Code civil⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ Alinéa 2 de l'article 1134 du Code civil.

⁶⁵⁸ L'article 1234 du Code civil dispose que « les obligations s'éteignent : par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou la rescision, par l'effet de la condition résolutoire (...) et par la prescription (...) ».

⁶⁵⁹ La loi n° 98-657 du 28 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions introduit à l'article L. 331-7-1 du Code de la consommation la notion « d'effacement partiel des créances » pour les débiteurs dont la période de moratoire n'a pas suffi à sortir du surendettement.

⁶⁶⁰ Un arrêt récent de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 27 février 2014 (*D.* 2014. 1081, note D. R. MARTIN ; *JCP E* 2014, n° 1169 ; *Rev. proc. coll.* 2014, n° 47, obs. S. DJIDARA-DECAIX ; *LPA* 19/05/2014, n°99, p. 7, note T. STEFANIA), met en lumière cette nouvelle cause d'extinction des obligations introduite par le droit du surendettement. Les faits de l'espèce sont simples : un véhicule est acquis par une débitrice par le biais d'un crédit. Suite à un traitement de son surendettement, la débitrice bénéficie d'une procédure d'effacement de ses dettes, dont celle de l'acquisition de son véhicule. L'organisme de crédit, subrogé dans les droits du vendeur, se prévaut d'une clause de réserve de propriété et requiert l'appréhension du véhicule. La question qui se posait était celle de savoir si l'effacement de la créance équivalait à son paiement et entraînait, de ce fait, un transfert de la propriété du véhicule ce qui aurait fait obstacle à l'action de l'organisme de crédit. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation répond par la négative en affirmant que : « l'extinction de la créance de la société Crédipar, du fait de l'effacement des dettes de M^{me} X, consécutif à la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de rétablissement personnel dont elle avait bénéficié, n'équivalait pas à son paiement de sorte que le transfert de propriété ne pouvait être intervenu au profit de l'acquéreur ». Ainsi, dans le cadre de l'effacement des dettes prononcé dans le cadre de la procédure de rétablissement personnel de l'article L. 332-9 du Code de la consommation, on assiste à une remise en cause des causes d'extinction de l'obligation sans paiement édicté par le Code civil puisqu'il ne s'agit ni de nullité, ni de résiliation ou de résolution.

371. Ainsi, constituant « une mise à l'écart de l'article 1134 du Code civil »⁶⁶¹, le droit du surendettement ne peut pas, à l'heure actuelle⁶⁶², s'intégrer au droit des contrats. Dès lors, tant le droit de la consommation que le droit des contrats s'avèrent inappropriés pour héberger, en leur sein, le droit du surendettement permettant ainsi d'élargir le domaine des mesures préventives. En effet, en analysant le surendettement sous l'angle du droit de la consommation, on vient limiter la prévention aux actes de consommation. Ainsi, si le droit commun des obligations présente l'avantage d'ouvrir de nouveaux horizons en terme de prévention, force est de constater que les dispositions du droit du surendettement s'accordent mal avec la philosophie générale du droit des contrats.

§ 2. L'INCONTESTABLE DIMENSION SOCIALE DU DROIT DU SURENDETTEMENT

372. Crise économique, sociale et contractuelle du débiteur, le droit du surendettement a pour objectif, non pas de mettre en place des règles destinées à organiser les échanges entre professionnels et consommateurs, mais à venir en aide aux particuliers dans les difficultés financières qui se présentent à eux. Ainsi, on ne parle pas du surendettement des consommateurs mais bien du surendettement des particuliers. Or, inséré dans le Code de la consommation depuis 1993, l'approche sociale du surendettement se perd peu à peu. La disparition du terme famille⁶⁶³ est évocatrice en ce sens que, petit à petit, cette branche du droit s'est désintéressée du statut familial dans lequel évolue le débiteur surendetté⁶⁶⁴ et des conséquences d'un tel état sur la famille⁶⁶⁵ de celui-

⁶⁶¹ S. PIEDELIEVRE, « Le droit à l'effacement des dettes », *Deffrénois* 2004, n° 1, p. 14.

⁶⁶² Il a été souligné que « le contractant surendetté pourrait préfigurer le contractant du futur soumis à un droit commun des obligations qui admettrait la flexibilité du contrat au gré des fluctuations de la situation des parties » : L. GRYNBAUM, « La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement », *préc.*

⁶⁶³ Terminologie employée lors de l'adoption de la loi « Neiertz » (*préc.*) qui met en place la législation sur la prévention et le traitement du surendettement.

⁶⁶⁴ Or, de nombreuses études mettent en avant que non seulement que le recours à une procédure de surendettement se fait mutuellement au sein d'une famille mais également que les difficultés ressenties

ci. Cela emporte de lourdes conséquences puisque les mesures prises dans le cadre du traitement du surendettement ne doivent assurément pas écarter le sort de l'entourage familial du surendetté à moins d'assister à un échec de celles-ci. Ainsi, nous préfererions l'appellation « droit du surendettement des particuliers et des familles » en ce sens que le surendetté peut être une personne célibataire avec ou sans enfants, une personne vivant en couple, mais également cela souligne que le surendettement peut frapper les membres formant le couple.

373. Dans la mesure où il existe un Code de l'action sociale et des familles, le droit du surendettement pourrait être intégré à celui-ci. En effet, définie comme étant l'action tendant « à promouvoir (...), la cohésion sociale, (...), à prévenir les exclusions et à en corriger les effets », l'action sociale « repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, (...), des personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté, et sur la mise à leur disposition de prestation en espèce ou en nature »⁶⁶⁶. Mise en œuvre par l'État⁶⁶⁷, l'action sociale a pour objectif de prévenir ou de réparer les exclusions, quelque soit leur origine⁶⁶⁸. Or, les

par un des membres de la famille peut être à l'origine du surendettement de tous les membres la composant. Il est ainsi observé que si le débiteur surendetté est en couple, alors la décision de recourir à la procédure mise en place par les articles L. 330-1 et suivants du Code la consommation se fait par les deux personnes composant ce couple et, à l'inverse, que si le débiteur est célibataire ce sont des membres de sa famille (parents, enfants, oncle...) qui accompagnent le débiteur dans sa démarche. Par ailleurs, le surendettement d'une personne peut prendre naissance à l'encontre d'un débiteur dont un des membres de la famille est installé en précarité. Il n'est pas rare, en effet, de constater un état de surendettement chez des parents qui voient leurs charges alourdies en raison de la précarité de l'un des membres de la famille.

⁶⁶⁵ Il n'existe aucune définition juridique de la famille. Néanmoins, selon l'INSEE, la famille se définit comme « la partie d'un ménage comprenant au moins deux personnes et constituée soit d'un couple vivant au sein du ménage, avec le cas échéant son ou ses enfant(s) appartenant au même ménage ; soit d'un adulte avec son ou ses enfant(s) appartenant au même ménage. Un ménage peut comprendre zéro, une ou plusieurs familles ». Toujours selon l'INSEE, « le ménage désigne l'ensemble des occupants d'un même logement sans que ces personnes soient nécessairement unies par des liens de parenté. Un ménage peut se composer d'une seule personne. » »

⁶⁶⁶ Article L. 116-1 du Code de l'action sociale et des familles.

⁶⁶⁷ Article L. 116-1 du Code de l'action sociale et des familles.

⁶⁶⁸ L'article L. 311-1 du Code de l'action sociale et des familles énumère les missions de l'action sociale et médico-sociale. Il est intéressant de remarquer que seule l'exclusion issue du surendettement n'y soit pas énumérée. Or, ce n'est pas tant, à notre sens, que les dispositions relatives au surendettement n'y trouveraient pas leur place, mais plus du fait qu'elles sont déjà codifiées dans le Code de la consommation.

commissions de surendettement, autorités administratives placées sous l'autorité de l'État⁶⁶⁹, ayant pour mission de traiter du surendettement des personnes physiques⁶⁷⁰ pourraient parfaitement s'intégrer à l'action sociale. En effet, puisque le droit du surendettement a pour finalité à la fois la prévention de cet état mais également le traitement collectif des difficultés économiques, afin que les personnes physiques qui en sont frappées ne soient pas socialement exclues, il apparaît qu'il s'inscrit davantage dans l'esprit du droit de l'action sociale et des familles que dans le droit de la consommation. Il est d'ailleurs à remarquer que, mises à part les règles préventives relatives aux opérations de crédit, les dispositions du droit du surendettement ne renvoient jamais à d'autres dispositions du Code de la consommation. En revanche, au stade du traitement du surendettement des personnes physiques, un lien se tisse avec les dispositions du Code de l'action sociale et des familles⁶⁷¹, puisque des renvois aux dispositions dudit Code sont effectués. Enfin, si le Code de l'action sociale et des familles ne vise pas directement la notion de bonne foi, à l'instar du droit du surendettement, il n'en est pas exempt pour autant⁶⁷². Ainsi, tant le droit du surendettement que le droit de l'action sociale et des familles subordonne les bénéfices de leurs dispositions à la bonne foi du bénéficiaire.

374. Dès lors, tant dans un souci de cohérence de finalité des différents Codes⁶⁷³, que dans celui d'une perspective d'accroissement des possibles mesures préventives, nous considérons que l'intégration du droit du surendettement

⁶⁶⁹ Cass. Civ. 2^e, 18 décembre 2003 : *Bull. civ.* II, n° 397 ; *Contrats, conc., consom.* 2005. Chron. 1, n° 4, obs. GJIDARA.

⁶⁷⁰ Article 40 de la loi « Lagarde » du 1^{er} juillet 2010 (*préc.*), codifié à l'article L. 331-2 du Code de la consommation.

⁶⁷¹ V. articles L. 332-1 al. 2, L. 332-6 al. 3 et L. 332-9 al. 3 qui disposent que : « Si la situation du débiteur l'exige, le juge l'invite à solliciter une mesure d'aide ou d'action sociale, notamment une mesure d'accompagnement social personnalisé, dans les conditions prévues par le livre II du code de l'action sociale et des familles ».

⁶⁷² En effet, l'article L. 132-8 du Code de l'action sociale et des familles permet par la technique de la répétition de l'indu d'exercer un recours contre un bénéficiaire qui perçoit indument des aides. Par ailleurs, une sanction pénale est prévue aux articles L. 135-1 et L. 135-2 pour ceux qui perçoivent ou tentent de percevoir frauduleusement des prestations au titre de l'aide sociale.

⁶⁷³ Sont ici visés le Code civil, le Code de la consommation et le Code de l'action sociale et des familles.

dans le cadre de l'action sociale et des familles serait intéressant. En effet, mettant en place des mesures destinées à répondre aux « besoins et attentes de tous les groupes sociaux »⁶⁷⁴, le droit de l'action sociale pourrait s'accommoder, contrairement au droit des contrats ou au droit de la consommation, de la définition du débiteur surendetté ou vulnérable face au risque de surendettement. Il est à ce titre intéressant de relever que la science politique s'intéresse à la construction de groupe social que sont les surendettés⁶⁷⁵. Or, le débiteur surendetté pourrait assurément constituer un groupe social au sein du Code de l'action sociale et des familles. Cette intégration du droit du surendettement au Code de l'action sociale et des familles permettrait d'adopter une nouvelle approche du débiteur surendetté ou vulnérable face au risque de surendettement et de développer des mesures préventives.

⁶⁷⁴ Article L. 116-1 du Code de l'action sociale et des familles.

⁶⁷⁵ Voir entre autre : S. PLOT, « Les enjeux d'une mise en risque : La construction du surendettement comme problème public (1989-2010) », *Thèse de doctorat*, Paris-Dauphine, 2011 ; A. POHN-WEIDINGER, « La faillite des pauvres : à propos de la construction de la population des « ménages surendettés » », *Communication pour la journée d'étude du 14 juin 2014 « Cibler, produire, mobiliser... Gouverner les publics de l'action publique »*, CEJEP, Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion de La Rochelle.

SECTION II.

LES BÉNÉFICES DE L'APPROCHE SOCIALE DU SURENDETTEMENT QUANT À SA PRÉVENTION

375. Il est souvent souligné que, pour être attrayantes, les procédures de traitement collectif des dettes d'un débiteur ne doivent pas revêtir un caractère punitif. En effet, puisque la mise en place de ces procédures est soumise à la volonté du débiteur, elles ne doivent pas être vécues comme une sanction. Le risque encouru étant alors un désintéressement de ces procédures par les personnes à qui elles sont destinées. Cette volonté de ne pas sanctionner le débiteur qui se trouve en « déconfiture » est sans cesse réaffirmée par le législateur depuis la loi « Neiertz » du 31 décembre 1989. Néanmoins, alors que le législateur souhaite soustraire toute idée de punition du débiteur en difficulté dans le cadre de la législation sur le surendettement, force est de constater que ce résultat n'est pas atteint. Or, là encore, le lien indéfectible qui est tissé entre le surendettement et le droit de la consommation est principalement responsable de cet échec. Il semble ainsi possible d'affirmer que les outils actuels, réorientés dans une perspective sociale, permettraient d'offrir des mesures juridiques préventives sans que ces dernières ne soient considérées comme des sanctions par les personnes à qui elles s'adressent (§1). Par ailleurs, la perspective sociale du droit du surendettement offre la possibilité d'édicter des mesures préventives déterminées, non pas selon la qualité de consommateur, mais selon la santé patrimoniale de la personne ou du ménage auxquelles elles viennent en aide (§2).

§ 1. L'AMÉLIORATION DES OUTILS ACTUELS DANS UNE PERSPECTIVE SOCIALE

376. L'approche plus sociale du surendettement permet de s'interroger sur les mesures préventives existantes. En effet, cette approche sociale du surendettement permet de souligner que certaines mesures de prévention du surendettement restent trop punitives pour le particulier qui en fait l'objet (A). Par ailleurs, comme il a été souligné, les mesures préventives mises en place par le droit de la consommation souffrent du moment auquel elles interviennent. En effet, dans le cadre du surendettement passif, qui en est la forme majoritaire, les mesures de prévention qui interviennent au moment de l'engagement du débiteur dans un contrat de crédit sont vaines. Le surendetté passif ne ressent aucune difficulté au moment de son engagement dans un contrat de crédit, mais c'est au stade de l'exécution d'un tel contrat qu'il va ressentir des difficultés. Ainsi, rompant avec l'approche actuelle, l'analyse de ce problème dans une perspective plus sociale permet de mettre en lumière que la mise en place de procédures d'alerte est indispensable, que ce soit au sein même des voies d'exécution (B) que dans certaines obligation de paiement (C).

A. POUR UNE NOUVELLE ORIENTATION DE L'UTILISATION DES FICHIERS D'INCIDENT DE PAIEMENT

377. La loi « Neiertz » a créé au côté du fichier central des chèques (FCC), le fichier national des incidents de paiement des crédits aux particuliers (FICP) comme mesure de prévention du surendettement. Or, s'il est indéniable que ces fichiers sont d'une relative utilité dans la régulation et la sécurisation du marché bancaire, il est permis de douter de leur orientation préventive. En effet, ce n'est pas tant, l'existence même des fichiers qui soulève l'interrogation mais leur orientation punitive (1). Il apparaît, de surcroît, que lesdits fichiers pourraient,

selon une réorientation plus préventive, constituer des mesures préventives du surendettement (2).

1. L'utilisation trop punitive des fichiers d'incident de paiement

378. Tant le FICP⁶⁷⁶ que le FCC⁶⁷⁷ témoignent de l'échec du législateur à instaurer un droit du surendettement qui ne se veuille pas punitif. En effet, si l'instauration de tels fichiers a soulevé beaucoup moins de questions que celle du fichier positif⁶⁷⁸, il n'en reste pas moins, que leur utilité et leur efficacité peuvent largement être relativisées. Plutôt que de les concevoir comme des objets de lutte contre le mal endettement, nous y voyons plutôt des outils permettant à la fois au banquier et aux organismes de crédit d'exclure de leurs services une certaine catégorie de personnes. Réciproquement, le débiteur qui se trouve fiché au FICP ou au FCC ne peut que ressentir un sentiment de punition. Le bénéfice d'un tel fichage peut être mis en doute dans le cadre de la prévention du traitement du surendettement des particuliers, tout du moins dans sa forme actuelle. En effet, si en modifiant l'objectif recherché par de tels fichiers, alors peut-être serait-il possible d'améliorer la prévention du surendettement.

379. L'existence de ces fichiers est justifiée par le désir que les débiteurs, ayant des incidents de paiement⁶⁷⁹, ne viennent pas aggraver leur endettement. Autrement dit, le but recherché par ces fichiers est de venir limiter les situations dans lesquelles des débiteurs déjà inscrits souscrivent à d'autres contrats de prêt et aggravent ainsi leur surendettement ou encore qu'ils aggravent leur endettement en procédant à des paiements sans provisions. Ainsi, quelque soit

⁶⁷⁶ Fichier national des incidents de paiement des crédits aux particuliers : *préc.*

⁶⁷⁷ Fichier central des chèques (recense toutes les personnes à qui une banque a retiré la faculté d'émettre des chèques ou d'utiliser une carte bancaire) : *préc.*

⁶⁷⁸ V. *supra* n° 58 et s.

⁶⁷⁹ Le terme incident de paiement vise ici à la fois celui dans le remboursement d'un crédit qui conduit à une inscription au FICP et celui dans l'établissement d'un chèque sans provision qui entraîne une inscription au FCC.

l'origine de l'inscription⁶⁸⁰ du débiteur au FICP, on considère que celle-ci empêche le débiteur d'aggraver sa situation. Or, quelque soit l'évènement déterminant de cette inscription, nous ne pensons pas, tout du moins pour le FICP, que celle-ci ait le caractère préventif que l'on prétend lui attribuer. Si l'inscription du débiteur procède d'un incident de remboursement non régularisé, on ne peut pas affirmer, tout du moins théoriquement, que celle-ci empêchera le débiteur de souscrire à d'autres crédits. En effet, le système n'est plus alors en conformité avec la législation⁶⁸¹ et la jurisprudence⁶⁸² selon lesquelles l'inscription d'un candidat à emprunt n'est en aucun cas le reflet de son incapacité financière à honorer le prêt⁶⁸³. Bien entendu la réalité est toute autre puisque le fichage au FICP empêche concrètement un débiteur de souscrire un prêt puisque, dans un tel cas de figure, ce débiteur se heurtera au

⁶⁸⁰ Le débiteur peut se trouver inscrit au FICP pour deux évènements : l'incident non régularisé de remboursement d'un crédit (art. L. 333-4 du Code de la consommation) ou alors par l'acceptation d'une commission de surendettement d'une demande de traitement du surendettement par le débiteur (art. L. 331-1 du Code de la consommation).

⁶⁸¹ Selon l'article 2 de l'arrêté du 26 octobre 2010 relatif au fichier national des incidents de remboursement des crédits aux particuliers (JO, 30 octobre 2010), la consultation obligatoire du fichier par le prêteur avant d'apporter son concours à un emprunteur « a pour objet d'éclairer la décision finale du prêteur avec les données les plus à jour ». Dès lors, l'inscription d'un débiteur au FICP n'a pas pour objet de constituer une interdiction à solliciter un crédit.

⁶⁸² Cass. com, 3 juillet 2012 : *préc.*

⁶⁸³ Ce qui est le plus surprenant c'est que le législateur justifie la création d'un tel fichier par la nécessité de mettre à disposition des prêteurs « un élément d'appréciation de la solvabilité des personnes qui sollicitent un crédit ». Néanmoins, ce dernier précise immédiatement que : « L'inscription d'une personne physique au sein du fichier n'emporte pas interdiction de délivrer un crédit » : alinéa 2 de l'article L. 333-4 du Code de la consommation. Dès lors, il est permis de se questionner sur la finalité de ce fichier. En effet, soit on considère qu'il sert effectivement de baromètre permettant de déterminer si la personne sollicitant un crédit est solvable, auquel cas, il sert à recenser les personnes n'ayant plus accès au crédit. C'est-à-dire que cette inscription prend une forme d'interdit tant pour les débiteurs, qui se voient interdits l'accès au crédit, que pour les prêteurs, qui se voient dans l'interdiction de délivrer un crédit à quiconque s'y trouvant inscrit. Si une telle utilisation du fichier aurait pour conséquence d'exclure certaines personnes du marché du crédit, elle présenterait néanmoins l'avantage de revêtir une certaine forme préventive. Soit on refuse de voir dans le fichier un outil permettant d'attester de la solvabilité d'une personne sollicitant un crédit. Dans un tel cas, nous trouvons que la position est on ne peut plus hypocrite. En effet, un tel fichage entraîne *de facto* une exclusion de l'accès au crédit puisqu'aucun prêteur n'accepterait d'accorder un crédit à quiconque s'y trouvant recensé. Le fichier ne sert plus alors qu'à recenser « les mauvais payeurs », ceux à qui on ne peut pas accorder un crédit quelque soit sa forme. Dès lors, dans sa forme actuelle, le FICP est un fichier institué dans l'intérêt unique des prêteurs au détriment, du débiteur, d'une part, mais également des autres créanciers potentiels du débiteur qui y est inscrit. Ainsi, il est permis de se demander au nom de quel intérêt supérieur, les prêteurs ont accès à un tel fichier. En effet, ne peut-on pas considérer qu'il en va également dans l'intérêt du bailleur qui est sur le point de renouveler ou d'accorder un contrat de bail ? En réalité, la situation patrimoniale d'un bailleur face aux impayés de son locataire, se révèle beaucoup plus fragile que de celle d'un banquier en raison du simple fait qu'ils sont généralement des particuliers.

refus pur et simple du prêteur. Néanmoins, cette inscription n'empêche pas un débiteur d'utiliser des crédits renouvelables qu'il avait auparavant souscrits mais non utilisés. Par ailleurs, si l'inscription résulte de l'acceptation par la commission de surendettement du dossier déposé par le débiteur, nous ne pensons pas que l'inscription au FICP soit opportune. En effet, dans un tel cas de figure, l'inscription représente à la fois un frein pour les débiteurs de recourir à une telle procédure et une sanction en raison de leur état de surendettement. Il apparaît ainsi inutile de recourir à un tel fichage du débiteur ayant recours à la procédure de surendettement puisque sa demande ne sera recevable que s'il est de bonne foi. Or, un débiteur qui, après avoir déposé un dossier auprès d'une commission de surendettement, contracte un ou plusieurs crédits, se verra déchu de son droit à bénéficier de la procédure de désendettement pour mauvaise foi⁶⁸⁴. Dès lors, cette deuxième cause d'inscription du débiteur au FICP est à la fois redondante avec l'exigence de bonne foi du débiteur mais également ressentie comme une sanction pour le débiteur. Il nous semble, en effet, que la notion de bonne foi est ici plus avantageuse dans une perspective préventive tendant à limiter l'endettement du débiteur puisque c'est alors ce dernier qui, selon son comportement, va déterminer une éventuelle sanction. Autrement dit, selon les dispositions législatives actuelles, c'est la situation patrimoniale du débiteur qui détermine l'inscription, alors que si le recensement du débiteur dans le FICP était déterminé par la mauvaise foi de ce dernier, ce n'est pas sa déconfiture mais son comportement qui serait déterminant de celle-ci. La sanction consistant dans l'inscription au FICP résulterait du comportement du débiteur plutôt que de l'état de surendettement en lui-même.

380. De la sorte, limités à cette seule fin, les fichiers d'incidents de paiement consistent davantage à sanctionner le débiteur pour son seul état de surendettement qu'à prévenir le surendettement ou l'aggravation de l'endettement de ce dernier. Or, ces fichiers pourraient être utilisés à d'autres

⁶⁸⁴ Article L. 331-3-1 du Code de la consommation.

fins et constituer, notamment, des mesures d'alerte incitant le débiteur fragilisé à saisir une commission de surendettement.

2. La possible réorientation de l'utilisation des fichiers existant

381. Dans une perspective plus préventive que régulatrice, les fichiers d'incidents bancaires gérés par la Banque de France peuvent constituer des outils permettant une prise en charge anticipée du débiteur en difficulté. A l'heure actuelle, les fichiers ne sont utilisés que dans une approche de recensement des débiteurs ayant des incidents de paiement et constituent un réel obstacle pour la personne qui en fait l'objet⁶⁸⁵. En effet, lorsque le débiteur est confronté à un incident de paiement, son banquier ou l'établissement de crédit l'informe par tout moyen approprié⁶⁸⁶ dudit incident, de son obligation à régulariser sa situation et des conséquences de son inscription sur le ou les registre(s). Ainsi, lorsque l'incident de paiement est caractérisé par un surendettement passif, le débiteur se trouve déjà dans une situation précaire et un tel processus ne peut qu'accélérer sa chute. Ce que nous déplorons dans les procédures relatives au fichage, c'est l'absence d'accompagnement du débiteur en difficulté qui l'inciterait à s'adresser à la commission de surendettement compétente ou à des organismes sociaux. Autrement dit, plutôt de se contenter, dans la notification au débiteur de son inscription, de lui signifier qu'il doit régulariser sa situation et des conséquences d'un tel fichage, on devrait également guider ce dernier vers des organismes dont l'activité est de venir en aide aux plus démunis. En effet, nous aurions alors une mesure d'information qui interviendrait, non pas au moment où le débiteur contracte, mais au moment où il semblerait qu'il fait face à des difficultés. Il ne faut pas négliger le désarroi

⁶⁸⁵ Dans sa loi du 1^{er} juillet 2010 (préc.) le législateur a bien souligné l'obstacle social que représentait l'inscription du débiteur au FICP et au FCC. En effet, dans son exposé des motifs à l'occasion de l'adoption de ladite loi et « afin de faciliter le rebond des personnes ayant connues des difficultés d'endettement » il propose de réduire la durée des inscriptions à 5 ans.

⁶⁸⁶ De manière générale il s'agit de l'envoi d'un courrier en recommandé avec accusé de réception.

dans lequel peuvent se trouver les débiteurs⁶⁸⁷ qui sont concernés par ces procédures de fichage et plus vite se rapprocheront-ils d'organismes pouvant les guider dans des démarches sociales, meilleures seront les chances de réussite d'un redressement de leur situation. Le coût de la mise en place d'une telle mesure est bien évidemment minime puisque, tant les fichiers d'incident de paiement, que les organismes sociaux, existent déjà. En effet, chaque Commune met en place des centres communaux d'action sociale⁶⁸⁸ dont la mission est justement d'accompagner les plus démunis. Cela serait, en outre, bénéfique au stade d'un traitement du surendettement du débiteur. En effet, si le débiteur déposant une demande auprès de commission de surendettement a déjà entamé un travail avec les organismes sociaux, le redressement de sa situation, n'en sera que facilitée. Ainsi, tant financièrement que socialement, on prévient l'exclusion du débiteur surendetté et on le rend acteur dans les procédures de redressement dont il fait l'objet.

382. Par conséquent, s'agissant d'un droit s'intéressant tant aux conséquences de la crise économique d'un débiteur dans ses relations contractuelles, qu'à prévenir et endiguer les exclusions pécuniaires dont ce dernier peut faire l'objet, les mesures instituées par le droit du surendettement doivent revêtir ces deux aspects. Or, si le FICP et FCC ne sont utilisés qu'à des fins de régulation de relations contractuelles conflictuelles entre les banquiers et

⁶⁸⁷ En réalité, la proposition que nous faisons ne fait que prolonger la réflexion entretenue par les différents législateurs qui ont été amené à légiférer sur le phénomène du surendettement. En effet, il a toujours été souligné que l'arme la plus efficace contre ce phénomène résidait dans l'information de la partie faible, dans son accompagnement et, à terme, dans son éducation. Or, les CCAS n'ont d'autres fonctions que proposer de l'aide dans les différentes démarches qui peuvent être entreprises face à telle ou telle difficulté, ils proposent également des formations de gestion budgétaires, ils ont pour mission d'accompagner un particulier isolé dans des démarche de retour à l'emploi, etc.... La seule différence existant entre cette proposition et les mesures déjà mises en place, mais qui est toutefois importante dans une perspective préventive, tient au moment de son intervention. Ainsi, dans le domaine bancaire (qu'il s'agisse d'un crédit ou de moyens de paiement), le débiteur pourrait bénéficier d'une information et d'un encadrement de la part du professionnel afin que son consentement soit éclairé et, lorsque des difficultés financières se font sentir en cours d'exécution du contrat, notamment par un incident de paiement, ce débiteur recevrait également une information et *in fine* un accompagnement.

⁶⁸⁸ Pour ne citer que ceux-là. Il y a bien entendu d'autres centres, institutions ou associations qui viennent en aide aux plus faibles, que leur faiblesse soit sociale ou financière.

leurs clients, ces derniers pourraient très bien constituer des mesures d'alerte incitant le débiteur à réagir face à sa situation qui tend à se dégrader. En dehors du domaine purement bancaire, d'autres mesures d'alerte incitant les débiteurs à chercher de l'accompagnement ou de l'aide pourraient facilement se développer.

B. LE DÉVELOPPEMENT DE MESURES D'ALERTE ET D'ACCOMPAGNEMENT AU SEIN DES VOIES D'EXÉCUTION

383. Dans le cadre des voies d'exécution il s'agirait d'étendre la mesure d'alerte qui est imposée dans le cadre de la saisie immobilière, à tout commandement de payer. En effet, l'article R. 321-3 du Code des procédures civiles d'exécution impose, dans le cadre de la saisie immobilière, que « le commandement de payer valant saisie comporte : (...) l'indication, si le débiteur est une personne physique, que s'il s'estime en situation de surendettement, il a la faculté de saisir la commission de surendettement des particuliers instituée par l'article L. 331-1 du Code de la consommation ». De la sorte, au surplus de l'information selon laquelle une procédure d'exécution est diligentée à son encontre, le débiteur se voit également informé de la solution qui s'offre à lui. En effet, il ne faut pas négliger le trouble dans lequel peut se trouver un débiteur qui reçoit un commandement de payer valant saisie et l'apposition, dans ce dernier, d'une solution peut s'avérer salutaire. Certes, dans tout commandement de payer un débiteur est invité à se déplacer dans le but de rencontrer l'huissier qui a établi l'acte et, ce faisant, recevrait ces informations. Néanmoins, il est malheureusement fréquent que recevant un tel commandement, le débiteur s'enferme dans un mutisme plutôt que d'aller quérir des conseils auprès de l'officier ministériel. Nombreux sont les huissiers qui font état du fait qu'il n'arrive à rentrer en contact avec le débiteur poursuivi qu'au moment de l'exécution d'une procédure d'expulsion. Ainsi, plutôt que de laisser la situation se dégrader, le débiteur aura peut-être plus facilement et promptement recours à une commission de surendettement. De surcroît, à

l'instar du commandement de payer valant saisie, le coût d'une telle mesure n'est pas un frein à son développement.

C) LE DÉVELOPPEMENT DES MESURES D'ALERTE DANS CERTAINES OBLIGATIONS DE PAIEMENT

384. A l'instar de ce que nous venons d'observer relativement aux fichiers recensant les incidents de paiement ou au commandement de payer dans le cadre des voies d'exécution, il nous semble que le rapprochement entre les organismes sociaux et le débiteur en difficulté peut, sinon se généraliser, se développer. En effet, on peut très bien envisager l'obligation d'inclure dans les courriers adressant une facture, ou le courrier de relance d'une facture impayée, un conseil orientant le débiteur vers une commission de surendettement ou vers les organismes sociaux. Il ne s'agit pas de généraliser une telle mesure à tous les professionnels car, d'une part, certains domaines échappent au droit de l'action sociale, et, d'autre part, la généralisation d'une telle mesure aurait pour effet néfaste de la banaliser. Ainsi, il serait souhaitable d'introduire de tels messages dans des domaines relevant des charges nécessaires à la vie courante. Autrement dit, elle pourrait être imposée lors de l'envoi d'une lettre de relance de paiement d'une facture d'eau, de gaz ou d'électricité, ou encore lorsque le Trésor adresse une imposition⁶⁸⁹. Cela nous semble plus opportun que la mise en place d'un slogan dans les publicités relatives au crédit selon lequel : « un crédit vous engage, vous devez le rembourser. Vérifiez vos capacités financières avant de vous engager »⁶⁹⁰.

385. La plus grosse difficulté à la mise en place d'une telle obligation n'est pas tant liée à son introduction dans ce type de courrier, mais en ce que cela opère une rupture avec ce qui a été mis en place jusqu'à présent. En effet, que

⁶⁸⁹ De surcroît, concernant le Trésor, un tri peut s'opérer selon le niveau de revenu du redevable ce qui peut permettre de ne pas la généraliser à tous les citoyens concernés par telle ou telle imposition.

⁶⁹⁰ Article L. 311-5 du Code de la consommation.

L'on prenne les courriers des entreprises de fourniture d'énergie ou encore ceux envoyés par le Trésor aux administrés, il s'agit de courriers types généralement automatisés. Ainsi, une telle obligation ne représente pas un coût important et n'est pas difficile à mettre en œuvre. En revanche, la mise en place de ce type de message d'alerte et d'accompagnement du débiteur en difficulté oblige corrélativement à édicter des mesures de prévention du surendettement en dehors du champ du droit de la consommation. Plus précisément, il s'agirait de reconnaître que des mesures de prévention du surendettement des particuliers peuvent être élaborées en dehors du domaine des contrats de crédit ou de cautionnement. Or, comme en témoigne la dernière loi qui vient retoucher le droit du surendettement, la confusion entre le crédit et le surendettement reste tenace. En effet, la loi « Hamon » qui vient raccourcir le délai maximum pendant lequel le débiteur surendetté peut être soumis à un plan amiable de redressement fait figurer, dans son texte de loi, cette mesure dans la section qui est intitulée « Crédit à la consommation »⁶⁹¹. L'article 22 de ladite loi vient introduire une mesure qui tend à la prévention du surendettement des personnes économiquement vulnérables, ce qui aurait constitué une belle occasion de rompre avec le binôme crédit/surendettement. En effet, le législateur introduit une interdiction faite aux fournisseurs de télécommunication, d'énergie ou encore aux services de distribution d'eau, d'imputer des « frais liés au rejet de paiement » aux personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels qui se trouvent en état de fragilité eu égard notamment à leur ressources »⁶⁹². Constituant assurément une mesure de prévention du surendettement, par surcroît déterminée par la vulnérabilité économique de la personne⁶⁹³, il est regrettable que celle-ci n'ait pas été mise en lien avec le droit du surendettement des particuliers ou le droit de l'action sociale.

⁶⁹¹ Section I du Chapitre III de la loi « Hamon » du 17 mars 2014 : *préc.*

⁶⁹² Article 22 de la « Hamon » du 17 mars 2014 : *préc.*

⁶⁹³ V. *supra* n° 297 et s.

386. En dehors de la mise en place possible de ces mesures d'alerte et d'accompagnement, grâce à l'intégration du droit du surendettement dans le Code de l'action sociale et des familles, cette nouvelle approche permet également d'harmoniser le droit du surendettement avec d'autres branches du droit.

§ 2. L'HARMONISATION DU DROIT DU SURENDETTEMENT AVEC D'AUTRES BRANCHES DU DROIT

387. Si l'efficacité de certaines mesures préventives mises en place par le législateur afin de lutter contre le surendettement qui trouverait son origine dans les opérations de crédit est discutable, il n'en reste pas moins qu'elles ont, d'une part, un rôle préventif et, d'autre part, le mérite d'exister. Néanmoins, ce que nous déplorons est l'exclusivité du droit de la consommation dans l'élaboration de ces mesures alors que d'autres branches du droit tel que le droit de la famille, le droit des régimes matrimoniaux ou encore, le droit des baux d'habitation pourraient contribuer à une meilleure prévention de l'état de surendettement du débiteur en difficulté. Ces droits spéciaux, directement affectés par l'état de surendettement d'un débiteur, ne sont pourtant pas harmonisés avec la législation consumériste. Cela emporte pour conséquence que les mesures relatives au surendettement, qu'il s'agisse de la prévention ou du traitement, ne s'adaptent pas facilement, voir pas du tout, à tous les aspects de la personne en état de surendettement ou vulnérable face à cet état. Par ailleurs, ces différentes branches du droit ont l'avantage d'intervenir dans des domaines dans lesquels le surendettement passif prend forme. Ainsi, le droit de la consommation continuerait d'édicter des mesures de prévention du surendettement actif, tandis que, d'autres droits spéciaux tendraient à prévenir le surendettement passif.

A. LA COMBINAISON DU DROIT DU SURENDETTEMENT AVEC LE DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE

388. Le droit de la famille a pour finalité de s'assurer de la satisfaction des besoins tant, matériels que psychologiques et sociaux, des personnes qui la compose. Entretenant, entre autre, des liens étroits avec le droit de l'action sociale et des familles, le droit de la famille s'efforce d'assurer l'épanouissement de tous les membres d'une famille. Ce faisant, les dispositions du droit de la famille s'articulent autour des notions d'intérêt de la famille, d'intérêt de l'enfant dont le respect est assuré par le juge aux affaires familiales (JAF). Ces notions qui sont volontairement abstraites et floues⁶⁹⁴, peuvent néanmoins se comprendre comme concernant la satisfaction des besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs de la famille et plus particulièrement des enfants. Or, puisqu'il existe un lien étroit entre le droit de l'action sociale et des familles et celui du droit de la famille, l'intégration du droit du surendettement au premier permettrait de développer des mesures préventives au sein du deuxième. Autrement dit, il est certain que la prévention du surendettement participe à la protection de l'intérêt de la famille et de celui des enfants en ce sens qu'elle a pour objectif d'éviter que les personnes physiques ne puissent plus assurer leurs besoins matériels, fondamentaux et sociaux. De la sorte, l'intégration du droit du surendettement au sein du Code l'action sociale et des familles, permettrait de créer un lien entre celui-ci et le droit de la famille. Ces mesures de prévention ainsi conçues pourraient intervenir pendant la vie du couple (1) mais également au moment de sa dissolution (2).

1. Pendant la vie du couple

389. Le droit des régimes matrimoniaux devrait également mettre en œuvre des mesures de prévention du surendettement des particuliers. En effet, regroupant toutes les règles ayant trait à l'organisation des biens entre les

⁶⁹⁴ En effet, en gardant ces caractéristiques, ces notions permettent d'adapter les mesures à toutes les formes de familles ainsi qu'à toutes les relations parents-enfants.

époux, les régimes matrimoniaux sont indissociables du droit du surendettement qui s'adresse à toute personne physique de bonne foi, qu'elle soit mariée ou non. Or, à l'heure actuelle, compte tenu du monopole du droit de la consommation sur le droit du surendettement, les régimes matrimoniaux ne s'intéressent que sporadiquement à la prévention du surendettement des particuliers. On trouve une certaine prévention du surendettement des particuliers dans les dispositions de l'article 1415 du Code civil⁶⁹⁵ qui met en place une protection patrimoniale du ménage contre l'engagement de l'un des époux dans un emprunt ou dans un cautionnement. Dans pareil cas, sauf accord express du conjoint, les créanciers ne pourront poursuivre l'époux qui s'est engagé que sur ses biens propres, les biens communs et les biens propres du conjoint étant ainsi préservés. On peut assurément considérer qu'il s'agit là d'une mesure de prévention du surendettement destinée au couple, ainsi qu'aux enfants issus de celui-ci, puisque cela empêche que l'ensemble du patrimoine commun soit affecté par un tel engagement. Par ailleurs, on peut également voir une mesure de prévention du surendettement des particuliers dans les dispositions de l'article 220 du Code civil⁶⁹⁶ qui a d'ailleurs été élargie avec l'intervention de la loi « Hamon »⁶⁹⁷. En effet, ce texte vise à limiter les dettes solidaires du ménage⁶⁹⁸ aux contrats conclus par l'un des conjoints qui ont pour objet « l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants ». Ainsi, seules les dépenses qui ne sont pas manifestement excessives eu égard au train de vie du

⁶⁹⁵ L'article 1415 du Code civil dispose que : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres ».

⁶⁹⁶ L'alinéa 2 de l'article 220 du Code civil dispose que : « La solidarité n'a pas lieu, néanmoins, pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du contractant ».

⁶⁹⁷ Selon les dispositions de la loi « Hamon » (préc.), ne retient pas la solidarité lorsque le montant cumulé de ces sommes (emprunts ou achats à tempérament portant sur des sommes modestes nécessaires au besoin de la vie courante), en cas de pluralité d'emprunts, ne soit pas manifestement excessif eu égard au train de vie du ménage ». Cet élargissement est à saluer en ce que la cumulation de petits emprunts peut effectivement représenter une somme importante pour le couple et il est effectivement judicieux en termes de prévention d'appliquer collectivement la limitation de la solidarité que de raisonner dette par dette. Néanmoins, force est de constater que la disposition maintient la confusion entre endettement et crédit.

⁶⁹⁸ Tous les développements relatifs à la solidarité des dettes pour les couples mariés valent également pour les couples pacsés. La solidarité des couples pacsés est édictée à l'article 515-4 du code civil.

ménage ou encore celles qui ont une réelle utilité pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, peuvent avoir une nature solidaire. Là encore, on peut aisément affirmer qu'il s'agit d'une mesure de prévention du surendettement des particuliers puisque l'impossibilité qui est ainsi faite au créancier de poursuivre le ménage sur l'ensemble de son patrimoine, vient prévenir corrélativement la déconfiture de ce dernier. Néanmoins, mises à part les situations dans lesquelles les époux peuvent bénéficier d'une mise en garde, c'est-à-dire lorsqu'ils s'engagent conjointement dans un emprunt ou dans un cautionnement, la prévention mise en place par les articles précités ne s'adresse pas au couple mais lui permet seulement de se protéger contre les dépenses faites par l'un d'eux⁶⁹⁹. Enfin, les difficultés relatives à la combinaison du droit des régimes matrimoniaux avec le droit du surendettement des particuliers se manifestent beaucoup plus au stade du traitement du surendettement des particuliers⁷⁰⁰. Si nous considérons que cette question n'intéresse pas directement notre étude qui

⁶⁹⁹ Il est intéressant de relever que ces dispositions ont également trait aux opérations de crédit et de cautionnement.

⁷⁰⁰ La question du couple face aux procédures d'insolvabilité est un problème épineux soulevé tant par la doctrine que par les praticiens. En effet, bien que s'adressant à tous les particuliers, et normalement destiné aux familles, le droit du surendettement a complètement occulté le couple, quelque soit sa forme, dans les dispositions qu'il met en place. Lorsque le dépôt du dossier auprès d'une commission de surendettement est fait conjointement, le passif de chacun d'entre eux est étudié globalement et tous les créanciers de l'un ou de l'autre doivent déclarer leur(s) créance(s). Les capacités de remboursement sont alors appréciées selon le patrimoine commun du couple et selon le patrimoine propre de chacun. Les difficultés apparaissent lorsqu'une seule des personnes constituant le couple dépose une demande auprès d'une commission de surendettement. En effet, puisque les créancier de celui qui fait la demande peuvent se servir non seulement sur les biens propres de celui-ci mais également sur les biens commun, selon la convention matrimoniale ou de PACS qui est établie, les créanciers de celui *in bonis* ont tout intérêt à déclarer leur créance à la procédure. En effet, si les créanciers de celui qui se trouve *in bonis* ne déclarent pas leur créance, ils prennent alors le risque de les rendre complètement inefficaces. De même, lorsque la dette est conjointe au couple, mais que l'un d'eux seulement est surendetté, les créanciers subissent la procédure collective ouverte à l'encontre d'un seul des débiteurs. Cette lacune du droit du surendettement vis-à-vis du couple emporte de graves conséquences puisque dans la plupart des cas, les commissions de surendettement déclarent irrecevables les demandes d'un débiteur surendetté en couple au motif qu'il leur est impossible de connaître avec précision la situation patrimoniale du ménage : Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les régimes matrimoniaux*, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 508. Pour aller plus loin sur ce point voir, entre autre : S. ROBINNE, « Surendettement et mariage : une relation maudite ? », *RLDC* oct. 2012. Actu. 4822 ; V. LAFOREST-TACCHINI, « La procédure de traitement du surendettement à l'épreuve des régimes matrimoniaux », Thèse de doctorat, 1998, Chambéry ; R. CABRILLAC, « Conditions d'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés », in *Études de droit de la consommation*, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 217 ; S. GJIDARA-DECAIX, « La vie à deux et le surendettement », *Rev. proc. coll.* 2004. 336 ; M. LE LIVEC-TOURNEAUX, « Surendettement des particuliers et régimes matrimoniaux », *JCP N* 1993. I. 1 ; G. HENAFF, « Les difficultés d'application de la procédure de surendettement aux personnes mariées », *Defrénois* 1996. 561, art. 36313, no 9.

porte sur la prévention du surendettement, il faut malgré tout relever que l'impossibilité, dans la majorité des cas, pour un époux de bénéficier seul d'une procédure de traitement de surendettement s'harmonise difficilement avec la prévention du surendettement à l'égard du couple. En effet, les difficultés financières ressenties par l'un des conjoints affectent nécessairement, à plus ou moins brève échéance, le couple ainsi que les enfants de celui-ci.

2. A sa dissolution

390. La protection de l'intérêt de la famille et de celui des enfants se manifeste notamment à travers l'office du JAF dans le cadre d'une procédure de divorce. Selon l'article 232 du Code civil⁷⁰¹, le JAF doit s'assurer, aux fins de son homologation, que la convention établie entre les époux pour régler les effets de leur divorce préserve suffisamment l'intérêt de la famille et celui des enfants. Or, s'analysant comme un des événements pouvant plonger le débiteur dans la spirale du surendettement, une mesure de prévention pourrait être mise en place dans la procédure de divorce. En effet, si la prévention du surendettement participait de la protection de l'intérêt de la famille et des enfants, alors, la vérification de la convention de divorce par le JAF devrait également porter sur le risque de surendettement prenant naissance suite au prononcé du divorce. Le JAF pourrait ainsi mettre en garde les époux contre un risque de surendettement suite à leur séparation. Par ailleurs, ayant obligatoirement recours à un avocat⁷⁰² dans l'élaboration de cette convention, ce dernier pourrait, par le biais de son obligation de conseil, attirer et conseiller les époux sur les risques de surendettement se présentant à eux.

⁷⁰¹ L'alinéa 2 de l'article 232 du Code civil dispose que le juge « peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux ».

⁷⁰² La procédure de divorce étant introduite devant le tribunal de grande instance, le recours à un avocat est obligatoire (article 756 du Code de procédure civile).

391. L'analyse peut également être menée au regard des autres formes de couples que sont les concubins et les couples pacsés. En effet, si le principe est celui de libre rupture, il n'en reste pas moins que certains de ces couples ont recours aux conseils d'un avocat dans le but d'organiser les conséquences de celle-ci. De surcroît, il est relativement fréquent que des enfants soient issus de ces unions et que, à ce titre, l'avocat ou encore le JAF soient saisis afin d'organiser les modalités de garde de ces enfants. Or, intégré à la protection de l'intérêt de l'enfant, la mise en garde contre un risque de surendettement peut se réaliser par le biais de la pension alimentaire.

B. LES DIFFICULTÉS DE L'HARMONISATION DE LA LÉGISLATION CONSUMÉRISTE AVEC LE DROIT DES BAILLEURS

392. La refonte du droit du surendettement dans le Code de l'action sociale et des familles, permettrait également de remédier à l'absence de dispositions préventives ou curatives dans le droit des baux d'habitation. En effet, le droit au logement étant intégré dans le Code de l'action sociale et des familles, une articulation entre ceux-ci et le droit du surendettement est naturellement envisageable. Assurément, la deuxième grande lacune du droit du surendettement réside dans son absence de dispositions relatives au logement de la personne surendettée, plus exactement du surendetté locataire. Ainsi, constituant encore un héritage de la confusion terminologique entre le crédit et l'endettement, le droit du surendettement ne s'intéresse qu'aux accédants à la propriété immobilière puisque, seuls ceux-ci, sont tenus d'un crédit immobilier. Il serait néanmoins exagéré d'affirmer que le propriétaire ayant fini d'acquérir son logement n'intéresse pas le droit du surendettement puisque constituant, dans la majorité des cas un capital important, la vente de ce dernier permet, pour la plupart, de désintéresser les créanciers. En revanche, aucun régime n'est mis en place pour les baux à usage d'habitation, que ce soit vis-à-vis du locataire ou du bailleur. La place de ce dernier n'est pas à négliger puisque, dans certaine situation, le bailleur a besoin de percevoir les fruits de sa

location pour ne pas tomber lui-même en surendettement. Une amélioration du sort du bailleur face à une procédure de surendettement frappant son locataire a été apportée par la loi du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale⁷⁰³. En effet, l'article 125 de celle-ci met en place un privilège légal au profit des bailleurs consistant à ce que leurs créances soient prioritairement réglées sur celles résultant de la conclusion de contrats de crédit dans le cadre d'une procédure de traitement du surendettement du débiteur. Cette mesure, codifiée à l'article L. 333-1-1 du Code de la consommation est la bienvenue en ce qu'elle vise à prévenir le surendettement du bailleur qui serait causé par le surendettement du locataire. Assurément, le créancier ayant la qualité d'établissement de crédit ou bancaire encourt beaucoup moins le risque de tomber en surendettement du fait de la défaillance de son débiteur que le bailleur, personne privée. Ainsi, si on peut noter une amélioration du sort des bailleurs dans le cadre du traitement du surendettement des particuliers⁷⁰⁴, elle reste néanmoins inexistante au stade de la prévention de ce dernier. Or, là encore, il est permis de considérer que, si le droit du surendettement était élaboré dans le cadre du droit de l'action sociale, une combinaison pourrait alors s'effectuer entre la prévention et le traitement du surendettement tout en y intégrant le droit du logement et le droit au logement. En effet, il est à notre sens fondamental, pour arriver à un résultat concret de lutte contre le phénomène du surendettement en lui-même, ou contre ses conséquences, lorsqu'il est déjà présent, que ces questions relatives au logement du surendetté soient au plus vite appréhendées par les organismes sociaux qui en ont la charge. Or, en l'état actuel des textes, ce n'est que lorsque le juge du tribunal se voit, en cas de non contestation des mesures imposées par la commission dans le cadre de l'article L. 331-7-1 et L. 331-7-2 du Code de la consommation, tenu de

⁷⁰³ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale : JO, 19 janvier 2005, p. 864.

⁷⁰⁴ Cette amélioration reste tout de même à tempérer dans le sens où la moitié des dossiers déposés auprès des commissions de surendettement présentent des capacités de remboursement inexistantes et que plus de 80 % de ceux-ci présentent des capacités de remboursement modestes ou inexistantes (chiffres avancés par la Banque de France dans son enquête typologique sur le surendettement de mars 2014). Dès lors, malgré la priorité du bailleur sur les créances des prêteurs, dans 80% des cas, ce dernier sera bien en peine de recouvrer la totalité de sa créance.

conférer force exécutoire aux dites mesures, qu'il peut recommander une mesure d'aide ou d'action sociale. Dès lors, plusieurs mois peuvent s'écouler et corrélativement augmenter les difficultés pour le bailleur et le locataire. Il est toutefois à noter que l'alinéa 4 de l'article L. 331-3-2 du Code de la consommation dispose que : « La décision déclarant recevabilité de la demande emporte rétablissement des droits à l'aide personnalisée au logement. Le déblocage des aides s'effectuent au profit du bailleur »⁷⁰⁵. Consistant assurément une mesure de prévention du surendettement, le rétablissement de droit de l'aide personnalisée au logement pour le débiteur surendetté peut permettre que l'endettement de ce dernier soit amoindri et que sa situation puisse être rétablie par un plan de rééchelonnement, mais elle préserve également le bailleur contre un risque de surendettement pour non-paiement des loyers par son locataire. Néanmoins, dans la perspective de rendre la prévention du surendettement plus efficace dans le domaine des baux à usage d'habitation, il serait souhaitable que se développent des mesures d'alerte, tant à l'égard du bailleur que du locataire. En effet, tel que cela a déjà été souligné, le bailleur doit se voir traité différemment du créancier ayant la qualité d'établissement de crédit ou bancaire car les risques encourus par les premiers du non-paiement de leur créance ne sont pas les mêmes. Ainsi, si dans un souci de protection du débiteur défaillant, il est opportun que le créancier d'une dette résultant d'une opération de crédit ne soit pas directement informé de la demande déposée auprès d'une commission par son débiteur⁷⁰⁶, il ne devrait pas en aller de même pour le bailleur dont la situation est plus fragile. En effet, le droit du surendettement ne doit pas avoir pour conséquence de désendetter un particulier qui loue son logement pour endetter, voir surendetté un particulier bailleur. De surcroît, le manque de prise en considération du bailleur particulier dans l'élaboration du droit du

⁷⁰⁵ Outre les conditions sociales et patrimoniales qu'il faut remplir pour se voir ouvrir des droits d'aide personnalisée au logement (communément appelé APL), le locataire a l'obligation de payer son loyer au risque de se voir supprimé l'octroi de cette aide. Ainsi, dans le cas d'un débiteur locataire surendetté, ce dernier peut ne plus être en mesure d'honorer ses charges locatives.

⁷⁰⁶ Selon les dispositions de l'article L. 331-3 du Code de la consommation, la commission de surendettement notifie aux créanciers du demandeur la procédure de surendettement du débiteur qu'à la date de l'acceptation de sa demande.

surendettement oblige ces derniers, au moment de la conclusion d'un bail avec un particulier, à multiplier les justificatifs de ressources et les garanties⁷⁰⁷. Cela rend corrélativement plus difficile l'accès au logement dans le parc privé pour les plus démunis car devant la rigueur des textes, les bailleurs hésitent à conclure des baux avec ces derniers.

393. En conclusion nous considérons que la refonte du droit du surendettement, tant dans son aspect préventif que curatif, dans le Code de l'action sociale et des familles, présente à la fois l'avantage de rendre les textes cohérents mais également plus efficaces car ils seraient alors plus en accord avec la typologie du phénomène qu'elles tentent de circonscrire. Enfin, les avantages qui pourraient résulter de cette refonte du droit du surendettement, se trouveraient améliorés si concomitamment, le législateur venait mettre en place de véritables mesures d'alerte.

⁷⁰⁷ V. article « Pour obtenir un logement, j'ai dû tricher », *Le Monde*, préc.

CONCLUSION GÉNÉRALE

394. La prise en compte juridique du phénomène du surendettement est d'apparition récente dans la législation française. Si ce phénomène a toujours existé, puisque correspondant à un état par lequel un débiteur ne peut plus faire face à ses dettes, l'évolution des mœurs, du mode de vie des particuliers ont poussé le législateur à adapter les règles relatives aux débiteurs en situation de déconfiture. Néanmoins, il ne faut pas se méprendre sur la motivation à l'origine de la législation sur le surendettement qui ne découle pas seulement de l'empathie du législateur à l'égard des débiteurs en état de surendettement que de la nécessité de maintenir l'essor du marché des crédits aux particuliers. Bien plus que le simple traitement du surendettement, le législateur a souhaité prévenir l'apparition du phénomène afin de faire baisser le nombre de particuliers frappés par cet état. Là encore, si on peut voir dans cette démarche une volonté saine de mettre en œuvre une prévention du surendettement, il ne faut pas céder à des conclusions trop hâtives et partielles. La prévention du surendettement s'inscrit assurément dans l'objectif d'éviter à des particuliers de tomber en situation de surendettement qui a pour conséquence de mettre ceux qui en sont frappés en situation de précarité économique et d'exclusion sociale. Nonobstant cette intention, la démarche du législateur s'inscrit, là encore, dans celui de maintenir la croissance économique par le développement du marché du crédit aux particuliers. En effet, sans mettre en place une législation venant encadrer tant le comportement des emprunteurs que celui des prêteurs, les pouvoirs publics se seraient exposés à une augmentation trop significative des situations de surendettement et, partant, à une méfiance accrue des particuliers face au contrat de crédit. Il semble également que la législation sur le cautionnement a été adoptée selon ces mêmes considérations. Ainsi, constituant une garantie venant protéger les droits du créancier il était à la fois doublement nécessaire de protéger les particuliers se portant caution d'un contrat de crédit mais également de maintenir la possibilité d'un créancier de recourir à ce type de sûreté à la fois peu coûteuse dans sa conception et souple dans sa mise en œuvre. Cette approche de la législation du surendettement des particuliers, tant dans sa phase préventive que curative, a eu pour conséquence de créer un lien

indéfectible entre le surendettement et la consommation, illustré par l'intégration du premier dans le Code de la consommation.

395. Cette introduction du droit du surendettement des particuliers a eu des conséquences fâcheuses quant à l'orientation des mesures préventives. En effet, celles-ci se bornent à viser les contrats de crédits à la consommation et immobilier ainsi que les contrats de cautionnement. L'étude de ces mesures entraîne deux constats. D'une part, le cantonnement du développement des mesures préventives aux actes de crédits et de cautionnement s'avère incohérente face à la pluridisciplinarité du phénomène du surendettement. Ainsi, ce n'est pas tant qu'elles n'ont pas à intervenir dans le cadre de la prévention du surendettement mais ce qui relève de l'incohérence résulte de la seule existence de celles-ci cantonnée au domaine du crédit et du cautionnement. D'autre part, puisque celles-ci ont indéniablement une fonction dans la prévention, leur existence doit être maintenue mais elles doivent être plus subtiles dans leur élaboration. Il est vain, en effet, voir contreproductif, d'essayer de globaliser la prévention à une catégorie de personne relevant de la définition de consommateur car, non seulement tous les consommateurs n'encourent pas le risque de surendettement, mais encore, toutes les personnes physiques face au risque de surendettement n'ont pas les mêmes profils. Le développement de ces mesures tirerait largement avantage à ce qu'elles se développent selon la vulnérabilité de la personne physique face au risque de surendettement.

396. Dans cette perspective, il est alors apparu primordial de revenir à la définition substantielle des termes. Cette démarche permettait de mettre en évidence les confusions préjudiciables qui existent entre l'endettement et le crédit mais également entre le consommateur et la personne physique vulnérable face au risque de surendettement. Or, une fois mise en évidence, il apparaît fondamental de les rejeter et d'adopter une vision plus large des causes du surendettement qui ne se limitent pas au contrat de crédit et,

paradoxalement, une vision plus restrictive de la personne à qui va s'adresser la prévention, qui est celle dont la vulnérabilité est telle, qu'il faut venir la protéger. En effet, exempte de toute idée de vulnérabilité, la définition du consommateur ne peut pas permettre une orientation opportune de la législation préventive. Il est, en effet, inconcevable de considérer que la personne physique vulnérable, face au risque de surendettement, s'assimile au consommateur contractant un contrat de crédit ou de cautionnement.

397. Nous nous sommes efforcés, alors, de mettre en lumière la vraie nature du droit du surendettement qui ne peut définitivement pas être une branche du droit de la consommation. Trouvant également ses sources dans le droit commun des contrats, la question de son rattachement au droit des obligations s'est naturellement posée. Or, il apparaît rapidement que seule une fraction du droit du surendettement pourrait être intégrée au droit commun des contrats sans trop porter atteinte à ses principes fondateurs. Néanmoins, cette démarche a permis d'analyser précisément le contenu des règles procédurales du droit du surendettement. Or, ce sont les règles procédurales du droit du surendettement qui révèlent la nature plus sociale que consumériste du droit du surendettement. En effet, les règles relatives au traitement du surendettement des particuliers, bien que codifiées dans le Code de la consommation, renvoient, tant le juge, que les commissions de surendettement, aux dispositions du Code de l'action sociale et des familles.

398. L'abandon du rattachement du droit du surendettement au droit de la consommation, au profit de son intégration dans le Code de l'action sociale et des familles, emporterait plusieurs bénéfices. Cela permettrait de rompre avec les confusions des notions d'endettement et de crédit, mais également avec celle existant entre le consommateur et le vulnérable face au risque de surendettement. La conséquence première est de développer une législation préventive mieux en adéquation avec le phénomène qu'elle cherche à

circonscrire et, conséquemment de mettre en œuvre une prévention plus efficiente du surendettement. Enfin, cette conception plus sociale du surendettement permettrait également de développer une prévention dans plusieurs branches, ce qui lui permettrait d'épouser au mieux les formes complexes du phénomène.

BIBLIOGRAPHIE

Traités et manuels

AUBERT (J.-L)

Droit civil, Les obligations t.1 ; l'acte juridique, Sirey, 15^e éd., 2012, 530 pages.

AVENA-ROBARDET (V)

Surendettement des particuliers, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd. 2012, 500 pages.

AYNES (L)

Les régimes matrimoniaux, LGDJ, 4^e éd., 2013, 414 pages.

Les obligations, LGDJ, 6^e éd., 2013, 864 pages.

BILLAU (M)

Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005, 1396 pages.

BOURIN (G.-X.)

Droit du surendettement des particuliers, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2012, 562 pages.

BUFFELAND-LANORE (Y)

Droit civil, 14^e éd., Sirey 2014, 1088 pages.

CABRILLAC (M)

Droit des sûretés, Litec, 9^e éd., 2010, 800 pages.

CALAIS-AULOY (J)

Droit de la consommation, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, 726 pages.

CARDINI (C)

Droit du surendettement des particuliers, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2012, 562 pages.

CASTALDO (A)

Histoire du droit civil, Dalloz, 2^e éd., 2010, 1619 pages.

CHABAS (F)

Leçons de droit civil, t. II, 1^{er} volume, Obligations, théorie générale, Montchrestien, 9^e éd., 1998, 1353 pages.

CHATAIN (P.-L)

Surendettement des particuliers, Dalloz référence, 3^e éd. 2006. 398 pages.

COPPOLANI (A)

Histoire économique et sociale du XX^e siècle, ss la direction de J.-F. MURACCIOLE, Ellipses, coll. Transversale économie, 2002, 379 pages.

DAVO (H)

Droit de la consommation, Sirey, 2^e éd., 2010, 425 pages.

DEMOGUE (R)

Traité des obligations en général, t. 6, 1931, 756 pages.

DEMOLOMBE (C)

Cours de code Napoléon, t. 24, 2^e éd., 1870, 376 pages.

DUMONT (L)

Histoire économique et sociale du XX^e siècle, ss la direction de J.-F. MURACCIOLE, Ellipses, coll. Transversale économie, 2002, 379 pages.

FENOUILLET (D)

Droit des obligations, Lexis-Nexis, 13^e éd. 2014, 802 pages.

FERRIERE (F)

Surendettement des particuliers, Dalloz référence, 3^e éd., 2006. 398 pages.

Surendettement des particuliers, Dalloz, coll. Dalloz action, 4^e éd. 2012, 500 pages.

FLOUR (J)

Droit civil, Les obligations t.1 ; l'acte juridique, Sirey, 15^e éd., 2012, 530 pages.

GHESTIN (J)

Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005, 1396 pages.

Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006, 944 pages.

GRONDEUX (J)

Histoire économique et sociale du XX^e siècle, ss la direction de J.-F. MURACCIOLE, Ellipses, coll. Transversale économie, 2002, 379 pages.

GRYNBAUM (L)

Assurances 2013-2014, l'Argus de l'assurance, coll. Droit et pratique, 3^e éd., 2012, 2000 pages.

Droit civil. Les obligations, Hachette, coll. H.U droit, 2^e éd., 318 pages.

Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?, Trav. du colloque de La Rochelle, 3-4 mai 2002, Economica, 2004, 216 pages.

JEZE (G)

Cours de finances publiques 1936-1937, LGDJ, 1937, 326 pages.

JULIEN (J)

Droit de la consommation et du surendettement, Montchrestien Lextenso éd., 2009, 594 pages.

LAGARDE (X)

L'endettement des particuliers, Joly, 2^e éd., 2003, 217 pages.

LEQUETTE (Y)

Droit civil, les obligations, Dalloz-Sirey, 2009, 10^e éd., 1294 pages.

LEVY (J.-P.)

Histoire du droit civil, Dalloz, 2^e éd., 2010, 1619 pages.

LOISEAU (G)

Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005, 1396 pages.

MALAURIE (P)

Les obligations, LGDJ, 6^e éd., 2013, 864 pages.

Les régimes matrimoniaux, LGDJ, 4^e éd., 2013, n° 508.

MALINVAUD (P)

Droit des obligations, Lexis-Nexis, 13^e éd. 2014, 802 pages.

Introduction à l'étude du droit, Lexis-Nexis, 2013, 14^e éd., 503 pages, n° 114.

MANIVIT (J.-M.)

Histoire économique et sociale du XX^e siècle, ss la direction de J.-F. MURACCIOLE, Ellipses, coll. Transversale économie, 2002, 379 pages.

MAZEAUD (H)

Leçons de droit civil, t. II, 1^{re} volume, Obligations, théorie générale, Montchrestien, 9^e éd., 1998, 1353 pages.

MAZEAUD (J)

Leçons de droit civil, t. II, 1^{re} volume, Obligations, théorie générale, Montchrestien, 9^e éd., 1998, 1353 pages.

MAZEAUD (L)

Leçons de droit civil, t. II, 1^{re} volume, Obligations, théorie générale, Montchrestien, 9^e éd., 1998, 1353 pages.

MEKKI (M)

Droit des obligations, Lexis-Nexis, 13^e éd. 2014, 802 pages.

MIGNOT (M)

Droit des sûretés, Montchrétien, 2008.

PIEDELIEVRE (S)

Droit de la consommation, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2008, 665 pages.

PICOD (Y)

Droit de la consommation, Sirey, 2^e éd., 2010, 425 pages.

Le solidarisme contractuel : mythe ou réalité ?, Trav. du colloque de La Rochelle, 3-4 mai 2002, Economica, 2004, 216 pages.

PIEDELIEVRE (S)

Droit de la consommation, Economica, coll. Corpus Droit Privé, 2008, 665 pages.

PIETTE (G)

Mémento de droit des sûretés, coll. Mémentos LMD Gualino, 8^e éd., 2014, 208 pages.

PLANIOL (M)

Traité pratique de droit civil français—Tome 6 : Obligations, Paris, LGDJ, 1952, 1003 pages.

RAYMOND (G)

Droit de la consommation, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2011, 518 pages.

RIPERT (G)

Traité pratique de droit civil français—Tome 6 : Obligations, Paris, LGDJ, 1952, 1003 pages.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N)

Les contrats de consommation—Règles communes, LGDJ, 2012, 1152 pages.

SAVAUX (E)

Droit civil, Les obligations t.1 ; l'acte juridique, Sirey, 15^e éd., 2012, 530 pages.

SIMLER (Ph.)

Droit civil, les obligations, Dalloz-Sirey, 2009, 10^e éd., 1294 pages.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

Les obligations, LGDJ, 6^e éd., 2013, 864 pages.

TEMPLE (H)

Droit de la consommation, Précis Dalloz, 8^e éd., 2010, 726 pages.

TERRE (F)

Droit civil, les obligations, Dalloz-Sirey, 2009, 10^e éd., 1294 pages.

VIGNEAU (V)

Droit du surendettement des particuliers, Lexis-Nexis, 2^e éd., 2012, 562 pages.

Monographies, Thèses et ouvrages spécialisés

ADIDA-CANAC (H)

Contribution à l'étude du droit communautaire des obligations, Thèse de doctorat, Université de Chambéry, 1998, 737 pages.

BERTHIAU (D)

Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, LGDJ, 1999, 488 pages.

BONHOMME (C)

Surendettement des particuliers ou faillite civile ?, Thèse de doctorat, Aix-Marseille III, 1999, 340 pages.

BORGA (N)

L'ordre public et les suretés conventionnelles, Thèse de doctorat, Université de Lyon III, 2007, 736 pages.

BOUTAYEB (C)

La protection du consommateur en droit communautaire, Thèse de doctorat, Université Paris XI, 1994, 610 pages.

CHILLON (S)

Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam, Thèse de doctorat, Université Montpellier I, 1998, 578 pages.

COURDIER (A.-S.)

Le solidarisme contractuel, préf. E. LOQUIN, Thèse de droit privé, LGDJ, 2006, 741 pages

FABRE-MAGNAN (M)

De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, LGDJ, 1992, 573 pages.

GHOZI (A)

La modification de l'obligation par la volonté des parties, préf. D. TALLON, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1980, 274 pages.

GIORGINI (G. C)

Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règles de la faillite internationale, Bibliothèque des thèses, D. 2006, 739 pages.

GJIDARA (S)

L'endettement et le droit privé, LGDJ, 1999, 617 pages.

JUDE (J.-M)

Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers, Presse universitaire d'Aix-Marseille, 2003, 478 pages.

LAFOREST-TACCHINI (V)

La procédure de traitement du surendettement à l'épreuve des régimes matrimoniaux, Thèse de doctorat, 1998, Chambéry, 355 pages.

MOTTET (A)

La caution personne physique, Thèse de doctorat, Université de Chambéry, 2005, 608 pages.

MORRIS-BECQUET (G)

L'insolvabilité, Thèse de doctorat, Université Lyon III, 2001, 648 pages.

NOBLOT (C)

La qualité de contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative, LGDJ, 2002, 368 pages.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C)

Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, Dalloz, 2002, 553 pages.

PERRU (E)

L'impayé, LGDJ, 2005, 680 pages.

PLOT (S)

Les enjeux d'une mise en risque : la construction du surendettement comme problème public (1989-2010), Thèse de doctorat en sciences politiques, Paris Dauphine, 2011, 481 pages

POILLOT (E)

Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, LGDJ, 2006, 608 pages.

POMBIEILH (D)

L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats, Thèse de doctorat, Université de Pau, 2002.

REZPECKI (N)

Droit de la consommation et théorie générale du contrat, préf. G. Wiederkehr : PUAM, 2001, p. 2883.

ROLLAND (B)

Les procédures de règlement collectif du passif, Thèse de doctorat, Université Lyon III-Jean Moulin, 1999, 511 pages.

RONGET (F)

Essai sur le droit de l'endettement des particuliers, Thèse de doctorat en droit, Paris XII, 2002, 595 pages.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N)

L'influence du droit de la consommation sur le système juridique, LGDJ, 2000, 425 pages.

SOUSTELLE (P)

Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation, Thèse de doctorat, Université de Saint-Etienne, 1996.

VALETTE (V)

Des principaux effets de l'insolvabilité en droit romain, Thèse de doctorat, Université de Paris, 1860.

YANSOUNOU (A)

Régime général des obligations et droit des sûretés, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux IV, 2010, 564 pages.

Articles et chroniques

ALBIGES (C)

« L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », *in* Études de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, *Dalloz*, 2004, p.1.

ALEXANDRE (J.-J.)

« L'application de la méthode de l'évaluation législative à la loi du 31 décembre 1989 sur le surendettement (à propos du rapport Léron de novembre 1991) », *in* Droit et anthropologie de la complexité, Mélanges dédiés à Jean Mas, *Economica*, 1996, p. 17.

ANCEL (P)

« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999. 771.

ANSELME-MARTIN (O)

« Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *LPA*, 24 jan. 97 n°10 p. 17.

ARCELIN-LECUYER (L)

- « La redondance informative ou le bon sens oublié » : *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 5, étude 9.
- « Droit de la publicité : bilan de l'année 2007 (1^{ère} partie), *RLD Conc.* 2008, n° 15, p. 99.
- « Droit de la publicité : bilan de l'année 2007 (2nd partie), *RLD Conc.* 2008, n° 16, p. 106.
- « Droit de la publicité : bilan de l'année 2008 (1^{ère} partie), *RLD Conc.* 2009, n° 16, p. 121.
- « Droit de la publicité : bilan de l'année 2008 (2nd partie), *RLD Conc.* 2009, n° 20, p. 93.
- « Droit de la publicité : bilan de l'année 2009 », *RLD Conc.* 2010, n° 23, p. 104.
- « Mutations du droit de la publicité », *RLDA* 2010, n° 46, p. 63.

ATIAS (C)

- « Droit de la publicité », *PU Rennes, coll. Didact droit*, 2011, 212 pages.
- « Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation », *D.* 2003. 2620.

AUBERT (J.-L)

- « Brèves réflexions sur le jeu de l'exception de nullité », *in* Etudes offertes à Monsieur Jacques Ghestin, Le contrat au début du XX^e siècle, *LGDJ*, 2001, p. 19, spéc. n° 12 et s.

AVENA-ROBARDET (V)

- « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003. 2083.

AYNES (L)

- « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et patrimoine*, nov. 2003, p. 29.

BATIFFOL (H)

- « La crise du contrat », *Archives de philosophie du droit*, t. XIII, 1968, p. 13.

BARRET-BARNAY (M-C)

- « Les différents systèmes d'enregistrement des crédits dans les Etats membres de l'Union Européenne », *D.* 2003.1082.

BAZIN (E)

- « L'huissier de justice et les consommateurs », *Droit et procédures* sept.-oct. 2009, n° 5, p. 248.

- « Le devoir de mise en garde en l'absence de risque d'endettement », *Banque et droit* 2009, n° 127, p. 10.
- « Retour sur le devoir de mise en garde du prêteur », *Banque et droit* 2010, n° 130, p. 23.
- « Retour sur l'office du juge en droit de la consommation », *Droit et procédures* avril 2010, n° 4, p. 110.
- « Retour sur le délai de forclusion en matière de crédit à la consommation », *Dr. et proc.* 2012, p. 197.
- « De la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à la consommation », *Droit et procédures* sept. 2013, n° 8, p. 182.

BEAUCHARD (J)

- « Remarques sur le Code de la consommation », *in* Droit civil, procédure, linguiste juridique, Écrits en l'hommage à Gérard Cornu, *PUF*, 1995, p. 9.

BIARDEAU (G)

- « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », *D.* 2000. 191.
- « Réforme du délai de forclusion : vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur », *D.* 2002. 876.
- « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227.
- « Le traitement du surendettement, un régime arrivé à maturité », *D.* 2014. 1285.

BINET (J.-R)

De la fausse cause, *RTD civ.* 2004, p. 655.

BOULOC (B)

« La perte du droit aux intérêts », *in* Études de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, *Dalloz*, 2004, p. 81.

BOS (O)

« La protection de la partie faible dans le Règlement Rome I », *D.* 2008. 2175.

CABRILLAC (R)

« Conditions d'ouverture d'une procédure de surendettement des particuliers et couples mariés », *in* Études de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy, *Dalloz*, 2004, p. 217.

CALAIS-AULOY (J)

« L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994. 239 et *RTD com.* 1998. 115.

CARBONNIER (J)

« L'évolution contemporaine du droit des contrats », *in* Introduction à L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées René Savatier, *PUF*, 1986, p. 29-39.

CERLES (A)

« Les incidences bancaires de la loi relative à la lutte contre les exclusions : les incidences sur le cautionnement des personnes physiques », *Banque et droit* 1999, n°3 p. 3.

CHAZAL (J.-P.)

« Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, chron. 260.

CLARET (H)

- « Le « fichier positif » : serpent de mer ou Léviathan ? », *JCP G* 2013. 695, p. 1206.

COUTURIER (G)

« Les finalités et les sanctions du formalisme », *Défrénois* 2000. 37209.

CREDOT (J)

« La prévention du surendettement et la réforme du cautionnement », *Banque et droit*, 1998. 98.

DE JUGLARD (M)

« L'obligation de renseignements dans les contrats », *RTD civ.* 1945. 1.

DEVEZE (J)

« Retour sur le devoir de mise en garde du banquier », *RLDA* octobre 2007, p. 32.

DOUAT (E)

« Le système européen des banques centrales », *D.* 1998. 267.

DOUCHY-LOUDOT (M)

« Courtes prescriptions et forclusions en droit de la consommation », *in* Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy, *Dalloz*, 2004, p. 355-371.

EFOSSE (S)

« Pour ou contre le crédit à la consommation ? Développement et réglementation du crédit à la consommation en France dans les années 1950 et 1960 », *Entreprises et histoire*, 2010, n° 59, p. 58-79

FAVRO (K)

« La commission de sécurité des consommateurs », *D.* 2004. 1886.

FENOUILLET (D)

« Le code de la consommation ou pourquoi et comment protéger la caution ? », *RDC* 2004. 304.

FERRIERE (F)

« Nature juridique des commissions de surendettement », *D.* 2006. 2531.

FLECHEUX (G)

« Renaissance de la notion de bonne foi et loyauté dans le droit des contrats », *in* Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin, *LGDJ*, 2001, 992 pages, p. 341-345.

FLOUR (J)

« Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *in* Le droit français au milieu du XX^e siècle, Etudes Ripert t.1, *LGDJ*, 1950 p. 93.

FLORES (P)

- « La protection de l'emprunteur : une notion menacée », *D.* 2000. 191.

- « Réforme du délai de forclusion : vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur », *D.* 2002. 876.

- « L'office du juge et le crédit à la consommation », *D.* 2009, p. 2227.

FONTAINE (L)

« La dette comme signe d'appartenance dans l'Europe des XVII^e et XVIII^e siècles », *Finance et bien commun*, 2010/2-3, p. 28-44.

GERARDIN (N)

« Le créancier, la caution et le débiteur surendetté », *LPA*, 31 mars 2000, p. 5 et s.

GJIDARA (S)

« La vie à deux et le surendettement », *Rev. proc. coll.* 2004. 336.

GLOUKOVIEZOFF (G)

« Crédit à la consommation et surendettement des ménages », *Entreprises et histoire*, 2010, n° 59, p. 112 à 121.

GOUT (O)

« La notion de créancier professionnel dans le droit du cautionnement », *RLDC* déc. 2009.24.

GOURIO (A)

- « Réforme du droit du surendettement des particuliers. Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions ; Titre II Chapitre 1^{er} », *JCP G* 1998. act. n° 31-35.
- « La directive européenne du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs », *JCP E* 2008. 36.
- « La réforme du crédit à la consommation », *Dr. et patr.* 2010, n° 196, doss., p. 41 (ss la direction de).
- « La réforme du crédit à la consommation », *JCP E* 2010, n° 29. 1675.

GRYNBAUM (L)

« La mutation du droit des contrats sous l'effet du traitement du surendettement », *Contrats, conc., consom.* 2012, n° 8, chron. 16.

HENAFF (G)

« Les difficultés d'application de la procédure de surendettement aux personnes mariées », *Defrénois* 1996. 561, art. 36313, no 9.

HENRY (X)

« Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? L'appréciation du rapport direct avec l'activité », *D.* 2003. 2557.

HOUTCIEFF (D)

- « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP G* 2003. I. 161.
- « Propos sur un formalisme moderne : les articles L. 341-2 et L. 341-3 du code de la consommation », *RDC* 2004. 408.

IBRAHIM (F)

« Est-il légitime de traiter distinctement les particuliers surendettés et les entreprises en difficulté : rapport de synthèse », *Gaz. Pal.* 2003. 51-56.

JAMIN (C)

« Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXe siècle, études offertes à J. Ghestin*, *LGDJ*, 2001, p. 441.

JOURDAIN (P)

« La bonne foi dans la formation des conventions », in *Trav. Ass. Henri Capitant*, p. 121 et s.

« A la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449.

JULIEN (J)

- « Surendettement et rétablissement personnel : éléments d'une présentation », *Dr. fam.* 2004. 67.
- « Le débiteur surendetté, personne vulnérable », *Droit de la famille* 2006, n° 5, p. 28.
- « Les apports de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation en matière de surendettement », *Droit de la famille* 2010, n° 11, p. 17.
- « L'exemple du surendettement », *RLDC* 2010, hors-série n° 73, p. 41.
- « Présentation du décret n° 2010-1304 du 20 octobre 2010, relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers », *Droit de la famille*, 2011, n° 1, p. 10.
- « L'évolution des procédures de surendettement », *RD banc. et fin.* 2012, n° 3, p. 83.
- « Les contrats du droit de la consommation », *LPA* du 28 nov. 2012, n° 238, p. 27.
- « Présentation de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2014, n° 5, dossier 2.

JULIEN (P)

« A propos du surendettement des particuliers », in *Mélanges en l'hommage à André Breton et Fernand Derrida*, *Dalloz*, 1991, p. 183.

KRAJESKI (D)

« Les outils jurisprudentiels de la moralisation », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, *Dalloz*, 2008, 1083 pages, p. 563-577.

LAFORE (R)

« La loi Borloo : un nouveau cadre pour la prévention et le règlement du surendettement des ménages », *RDSS*. 2004, chron. n° 3. 732.

LAGARDE (X)

- « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G* 1999. I. 170.
- « L'objet et la cause du contrat, entre actualité et principes », *LPA*, 6 avril 2007 n° 70 p. 6.

LEGEAIS (D)

- « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit du cautionnement. Commentaire des dispositions relatives au cautionnement introduites par les lois du 1^{er} août 2003 relatives à l'initiative économique et sur la ville », *JCP E* 2003. 1433.
- « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement », *RD banc. et fin.* 2003. 178.
- « Fichiers positifs de crédit », *RTD com.* 2007. 577.
- « Cinquante arrêts pour rien ? », *RD banc. fin.* 2010. n° 2, p.1.
- « Le crédit responsable » : les dangers d'un slogan », *in* Mélanges Tricot, *Dalloz/Litec*, 2011, p. 39.
- « Crédit à la consommation. Preuve de la remise du bordereau de rétractation », *RTD com.* 2012. 832.
- « Cautionnement et exigence de proportionnalité », *Rev. sociétés.* 2013. 680.

LEGRAND (V)

- « Le crédit renouvelable va-t-il devenir responsable ? », *D.* 2011. 1990.
- « Que reste-t-il du registre national des crédits aux particuliers : du mythe à la (dure) réalité », *LPA* du 12 juillet 2013, n° 139, p. 18.

LE LIVEC-TOURNEAUX (M)

- « Surendettement des particuliers et régimes matrimoniaux », *JCP N* 1993. I. 1

LEPAGE (A)

- « Les paradoxes du formalisme informatif », *in* Liber amicorum Jean Calais-Auloy, études de droit de la consommation, *Dalloz*, 2004, p. 597.

MALAUURIE (P)

- « L'effet prophylactique du droit civil », *in* Liber amicorum Jean Calais-Auloy, études de droit de la consommation, *Dalloz*, 2004 p. 669.

MANARA (C)

- « L'abus par le consommateur de son droit », *LPA*, 18 mai 1998, n°59, p.4.

MARIE (C)

- « Cautionnement et surendettement ou les cautions oubliées des procédures de traitement des situations de surendettement », *Rev. proc. coll.* 1996, p. 149.
- « Cautionnement et surendettement : une rencontre à risques », *Rev. proc. coll.* 2004, p.348

MARTIN (L.-R.)

« Le consommateur abusif », *D.* 1987. 150.

MAZEAUD (D)

- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », *in* L'avenir du droit, Mélanges Terré, *Dalloz*, *PUF*, *Juris-Class.*, 1999, p. 603.

- « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 295.

- « Droit commun et droit de la consommation. Nouvelles frontières ? », *in* Liber amicorum Jean Calais-Auloy, études de droit de la consommation, *Dalloz*, 2004, p. 697.

MOLFESSIS (N)

« Le code civil et le pullulement des codes », *in* 1804-2004 Le code civil, un passé, un présent, un avenir, *Dalloz*, 2004 p. 309.

NEUVY (F)

« Crédit à la consommation et surendettement des ménages », *Entreprises et histoire*, 2010, n° 59, p. 112 à 121.

NOURISSAT (C)

« Droit civil de l'Union Européenne », *D.* 2008. 40.

OPPETIT (B)

« L'endettement et le droit », *in* Mélanges en hommage à A. Breton et F. Derrida, *Dalloz*, 1991, p. 295.

PAISANT (G)

- « Essai sur la notion de consommateur en droit positif (Réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation) », *JCP G* 1993. I. 3655.

- « La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 », *JCP G* 1995. I. 3844.

- « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions », *RTD civ.* 98. 743.

- « La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 1er août 2003 sur la ville et la rénovation urbaine », *RTD com.* 2003. 671.

- « A la recherche du consommateur, pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du « rapport direct », *JCP G* 2003. I. 121.

- « Vers une définition générale du consommateur dans le Code de la consommation ? », *JCP G* 2013. 589.

PICOD (Y)

« Le formalisme de la mention manuscrite de la caution », *in* Leçon de droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas, *Bruylant*, 2011, p. 775.

PIEDELIEVRE (S)

- « Le droit à l'effacement des dettes », *Defrénois* 2004, n° 1, p. 14.
- « La réforme du crédit à la consommation », *D.* 2010. 1952.
- « Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers », *JCP E* 2010, n° 29. 1676 et *JCP G* 2010, n° 35. 858.

PIETTE (G)

- « La sanction du cautionnement disproportionné », *Droit et patrimoine*, n° 127, p. 44.
- « Les faiblesses du cautionnement », *RLDA* 2007, n° 31, p. 103.
- « Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : propos introductifs », *Lexbase Hebdo-Edition Affaires* 2014, n° 378.

PIERRE (J)

« A propos du surendettement des particuliers », *in* Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derida, *Dalloz*, 1991, p. 146.

PIZZIO (J-P)

- « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.* 1982. 91.
- « La protection du consommateur par le droit commun des obligations », *RTD com.* 1998. 53.

PLOT (S)

« Crédit à la consommation et surendettement des ménages », *Entreprises et histoire*, 2010, n° 59, p. 112 à 121.

POISSONNIER (G)

- « Bordereau de rétractation de l'offre préalable de crédit à la consommation : clarifications et incertitudes », *D.* 2012. 2567.
- « Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2013, n°7, étude 10.

PORTALIS (J.-E.-M.)

« Opinion de Portalis sur la contrainte par corps », *Séance du 24 ventôse an V, Paris, Impr. Nationale*, 1797, 23 pages.

PUISSOCHET (J-P)

« L'intérêt du consommateur », *in* Mélanges en l'honneur de Philippe Leger, *A. Pedone*, 2006, p. 473.

RAYMOND (G)

- « Le surendettement des particuliers et des familles après la réforme après la réforme du 8 février 1995 », *Contrats, conc., consom.* 1995, p. 13.

- « Nouvelle réforme du surendettement des particuliers et des familles », *Contrats, conc., consom.* 1999, chron. p. 13.

- « Crédit-Formalisme-Sanctions en droit de la consommation », *in* La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, *PUF*, 2001, p. 111.

- « Quatrième étape pour le surendettement : le redressement personnel (Première analyse des dispositions relatives au redressement personnel de la loi n° 2003-710 du 1er août 2003) », *Contrats, conc., consom.* 2003, n° 8, p. 7.

- « Analyse critique du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2006, étude 6, voir n°15.

- « Devoir de mise en garde de l'organisme de crédit », *Contrats, conc., consom.* 2010. 284.

- « Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation », *Contrats, conc., consom.* 2010, n° 10, étude 11.

- « La réforme résultant de la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 », *Contrats, conc., consom.* 2010, n° 109, étude 11.

- « Les limites de l'information écrite », *Contrats, conc., consom.* 2011. 3.

REZEPECKI (N)

« La réforme du crédit à la consommation », *LPA*, 23 juill. 2010, p. 7.

RIPERT (G)

« Le droit de ne pas payer ses dettes », *D. H.* 1936. 57.

RIVERO (J)

« Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in* Mélanges Raynaud, *Dalloz*, 1985 p. 675 à 685.

ROBINNE (S)

« Surendettement et mariage : une relation maudite ? », *RLDC* oct. 2012. Actu. 4822.

ROCHFELD (J)

- « Reconduction des contrats-crédits », *RTD civ.* 2005. 478.

- « Du statut du droit contractuel « de protection de la partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *in* Etudes offertes à Geneviève Viney, *LGDJ*, 2008, p. 835.

RONDEY (C)

« La réforme du surendettement par la loi « Borloo » du 1er août 2003 », *D.* 2003. 2162.

ROUHETTE (G)

« Droit de la consommation et théorie générale du contrat », *in* Etudes offertes à René Rodières, *Dalloz*, 1982, p. 247.

SABETE (W)

« A la fin de ce siècle, les droits des pauvres sont-ils toujours de pauvres droits ? », *D.* 1999. 269.

SAUPHANOR-BROUILLAUD (N)

« La notion de surendettement », *in* acte du colloque sur « La prévention du surendettement des particuliers », *LPA*, 10 avril 2003, n° 72, p. 7.

SINNAY-CYTERMANN (A)

- « La réforme du surendettement. Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 de lutte contre les exclusions », *JCP G* 1999. I. 106.

- « La protection de la partie faible en droit international privé », *in* Le droit international privé, esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, *Dalloz*, 2005, p. 737.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

« L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD com.* 2012. 705.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C)

« Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997.537.

VALLENS (J-L)

« La mise en œuvre du règlement communautaire sur les procédures d'insolvabilité : questions de procédure », *D.* 2003. 1421.

VIGNEAU (V)

« La réforme du surendettement », *Dr. et proc.* 2004, n° 2, p. 67.

WESTER-OUISSE (V)

« La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », *JCP G* 1999. I. 176.

Notes de jurisprudence, commentaires et observations

ALBIGES (C)

- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *Gaz. Pal.* 2011. 1015.
- Note sous Cass. com. 5 avril 2011 : *RLDA* juin 2011. 27, note C.
- Obs. sous Cass. com., 13 mars 2012 : *Gaz. Pal.* 2012. 942.

ANSAULT (J.-J)

- Obs. sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *RLDC* 2009/66, n° 3647.
- Note sous Cass. com. 13 avril 2010 : *RLDC* 1010/72, n° 3848.
- Note sous Cass. com., 6 juillet 2010 : *RLDC* 2010/75, n° 3966.
- Obs. sous Cass. com., 14 décembre 2010 : *RLDC* févr. 2011. 33.
- Obs. sous Cass. com. 14 décembre 2010 : *RLDC* 2011/79, n° 4129.
- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *RLDC* mai 2011. 34.
- Note sous Cass. com., 5 avril 2011 (2 arrêts) : *RLDC* 2011/83, n° 4271.

AUBERT (J.-L)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997 : *Defrénois* 1997. 751.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1998 : *Defrénois* 1999. 364.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *Defrénois* 2000, art. 37188, n° 41.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 2002, n°00-17.119, « *Theret* » : *JCP E* 2003. 119 ; *JCP G* 2003. IV. 1124 ; *Defrénois* 2003. 261.

AVENA-ROBARDET (V)

- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2002 : *Bull. civ. I*, n° 196 ; *D.* 2002. AJ. 2603.
- Obs. Sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 : *op. cit.* ; Cass. 1^{re} civ., 2 nov. 2005 : *Bull. civ. I*, n° 397 ; *D.* 2005. AJ. 3084.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 février 2007 : *Bull. Civ. I*, n° 59 ; *D.* 2007. AJ. 723.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ. , 6 déc. 2007 : *Bull. civ. I*, n° 379 ; *D.* 2008. AJ. 80.
- Obs. sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, nos 05-21.104 et 06-11.673) : *D.* 2007. AJ. 1950.

- Obs. Sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *Bull. civ. I*, n° 330 ; *D.* 2007. AJ. 2871.
- Obs. sous Cass. Cass. 1^{re} civ., 20 déc. 2007 : *Bull. civ. I*, n° 395 ; *D.* 2008. AJ. 220.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 sept. 2008 : *Bull. civ. I*, n° 203 ; *D.* 2008. AJ. 2343.
- Obs. sous Cass. com., 14 décembre 2010 : *D.* 2011. 156.
- Obs. sous Cass. com. 14 décembre 2010 : *Bull. civ. IV*, n° 198 ; *D.* 2011. Actu. 156.
- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *ibid.* 812.
- Obs. sous Cass. com. 5 avril 2011 : *Bull. civ. IV*, n° 55 ; *BICC* 15 sept. 2011, n° 988 ; *D.* 2011. 1132.
- Obs. sous Cass.com., 3 juillet 2012 : *D.* 2012. 1878.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : *Bull. civ. I*, n° 169 ; *D.* 2012. Actu. 1950.
- Obs. sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *Bull. civ. IV*, n° 184 ; *D.* 2012. 2509.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *Bull. civ. I*, n° 247 ; *D.* 2012. 2885.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 2013 : *D.* 2013. Actu. 236.

AYNES (L)

- Obs. sous Cass. com., 20 mars 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 83 ; *Defrénois* 1990. 809.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n°s 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) :
- Dr. et patr.* 2006, n° 145, p. 123.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : 2006, n° 145, p. 123.
- Obs. sous Cass. com., 7 avril 2009 : *Dr. et patrimoine* juill. 2009, p. 87.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2009 : *Dr. et Patrimoine* 2009. Pan. n° 187.

BARBIERI (J.-F)

- Obs. sous Cass. com., 6 juillet 2010 : *JCP G* 2010.789.
- Obs. sous Cass. com., 31 janvier 2012, *Rev. sociétés* 2013. 28.
- Note sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *JCP* 2010. 602.

BARTHEZ (A.-S)

- Obs. sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *RDC* 2013. 1002.

BAZIN (E)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *D.* 2008. 256.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Dr. et proc.* 2010, 156.
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : *JCP E* 2012. 1606.
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *Dr. et proc.* 2013. 8.

BOCCARA SERAL (M)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *Rev. Banque* oct. 2005, p. 94.
- Note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *Banque*, n^o 673, oct. 2005, p. 94.

BOISMAIN (C)

- Note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *LPA* 2006, n^o 204, p. 8.
- Note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2006 : *LPA* 12 oct. 2006.

BONNEAU (T)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *Banque et droit* 2005, n^o 104, p. 80.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *Banque et droit* 2005, n^o 104, p. 80.

BORGHETTI (J.-S)

- Obs. sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *Bull.civ.* IV, n^o 127 ; *RDC* 2010/2, p. 160.

BOUCARD (F)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004 : *Gaz. Pal.* 2005. 1183.

BOUJEKA (A)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005 : *Bull. civ.* I, n^o 135 ; *D.* 2005. 1948.

BOULOC (B)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1991 : *D.* 1991. 307.
- Obs. sous Paris, 13 nov. 1990 : *D.* 1992. somm. 105.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 26 novembre 2002, n^o00-17.119, « *Theret* » : *RTD com.* 2003. 357.

BOUTEILLER (P)

- Note sous CA de Rennes, 22 janvier 2010, n^o 08/08806 : *JCP E* 2010. 1189.
- Note sous Cass. com. 5 avril 2011 : *JCP E* 2011, n^o 1395.

BRENNER (C)

- Note sous Cass. com. 8 oct. 2002, n^o 99-18.619, *Nahoum* : *ibid.* 18 juill. 2003.

BRUSCHI

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998 : *ibid.* 194.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 8 avr. 2004 : *RDC* 2004. 953.

BURY (B)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2009 : *Gaz. Pal.* 5 et 6 mars 2010, p. 29.

CABRILLAC (R)

- Obs. sous Cass. com., 7 avril 1992 : *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *JCP G* 1992, IV, 1706 ; *RTD com.* 1993, p. 143.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : *RTD com.* 1995. 170.
- Obs. sous Cass. com., 5 avril 2011 (2 arrêts) : *Defrénois* 2012. 235.

CASEY (J)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n° 01-14082 : *JCP G* 2003. II. 10167.

CERATI-GAUTHIER (A)

- Note sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *JCP E* 2010. 1267.

CERLES (A)

- Obs. sous Cass. com., 14 décembre 2010 : *RD banc. fin.* 2011, no 49.
- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *RD banc. fin.* 2011, n° 95.
- Obs. sous Cass. com., 13 mars 2012 : *RD banc. fin.* 2012. 85.
- Comm. sous Cass.com., 3 juillet 2012 : *ibid.* 153.
- Obs. sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *RD bancaire et fin.* 2013, comm. 15.

CHATAIN (P.-L)

- Obs. sous CA Paris, 13 nov. 1990 : *D.* 1992. somm. 105.
- Obs. sous TGI Nanterre, JEX, 27 juin 1996 : *D.* 1997. 201.

CHAUVIN (P)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 : *ibid.* 2363.

CHAZAL (J.-P)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *D.* 2000. 879.
- Note sous Cass.civ. 3^e, 3 avril 2002 : *D.* 2002. 1860.

CHENDEB (R)

- Note sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n°s 05-21.104 et 06-11.673) : *LPA* 30 nov. 2007.

CHENEDE (F)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 : *D.* 2008. 2555.

CONSTANTIN (A)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 : *JCP G* 2008. II. 10150.

CREDOT (F.-J)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : *RD bancaire et bourse* 1995. 185.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) :

RD banc. fin. nov.-déc. 2005, p. 14.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : nov.-déc., p. 14.
- Note sous Cass. com., 3 mai 2006, n^o 02-11.211 : *RD banc. fin.* 2006, n^o 4, p. 12
- Comm. sous Cass.com., 3 juillet 2012 : *RD bancaire et fin.* 2012. 175.

CROCQ (P)

- Obs. sous Cass. com. 8 oct. 2002, n^o 99-18.619, *Nahoum* : *RTD civ.* 2003. 125.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n^o 01-14082 : *RTD civ.* 2004. 124.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *RTD civ.* 2009. 758.
- Obs. sous Cass. com. 13 avril 2010 : *D.* 2011. 406.
- Obs. sous Cass. com., 6 juillet 2010 : *RTD civ.* 2010. 593.
- Obs. sous Cass. com., 6 juillet 2010 : *D.* 2011. 406.
- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *RTD civ.* 2011. 375.- Obs. sous Cass. com. 5 avril 2011 : *D.* 2012. 1578.

CUPERLIER (O)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *LPA* 21 oct. 2009.

DAGORNE-LABBE (Y)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004 : *Bull.civ.* I, n^o 166 ; *JCP G* 2004. II. 10142.
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *Gaz. Pal.* 2009. 3075.
- Note sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *LPA* 19 février 2010.

DAIGRE (J.-J)

- Note sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Bull. Joly* 2010. 489.

DELEBECQUE (P)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *Deffrénois* 2000. 1124.
- Note sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n^{os} 05-21.104 et 06-11.673) : *RLDC* 2007/44, n^o 2778.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 juin 2009, *Bull. civ.* I, n^o 139 ; *D.* 2010. 2671.

DELPECHE (X)

- Obs sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *D.* 2005, AJ. 2276.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *D.* 2005. 2276.

- Obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517 : *D.* 2006. AJ 1445.
- Obs. sous Cass. com., 20 juin 2006 : *Bull. civ.* IV, n° 145 ; *D.* 2006. AJ. 1887.
- Obs sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, nos 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *D.* 2005, AJ. 2276.
- Obs. sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *D.* 2009. 2607.
- Obs. sous Cass. com., 23 septembre 2014, n° 13-20.874, *D.* 2014. act. 8.

DENIZOT (A)

- Note sous Cass. com. 5 avril 2011 : *Gaz. Pal.* 2011. 1485.

DJIDARA-DECAIX (S)

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 27 février 2014 : *JCP E* 2014, n° 1169 ; *Rev. proc. coll.* 2014, n° 47.

DUMERY (A)

- Note sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *JCP G* 2012. 1405.

DUMOND-LEFRAND (M.-P)

- Note sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Gaz. Pal.* 14-16 mars 2010, p. 8.

DUMOULIN (L)

- Note sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *JCP G* 2009. 422.

DUPICHOT (P)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, nos 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) :
Dr. et patr. 2006, n° 145, p. 123.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : 2006, n° 145, p. 123.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *ibid.* AJ 2032.
- Note sous Cass. com., 12 janvier 2010 (inédit) : *Dr. et patrimoine* 2010, n° 195, p. 88.
- Note sous Cass. com., 16 mars 2010 : *Dr et patrimoine* 2010, n° 195, p. 88.
- Note sous Cass. com., 27 novembre 2012, n° 11-22.706 : *Dr. et patrimoine* 2013, n° 222, p. 81.

DUPRE (M)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *JCP E* 2013. 1135.

FABRE-MAGNANT (M)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1998 : *Bull. civ. I*, n° 338 ; *JCP G* 1999. I. 171, n° 5.

FAGES (B)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *RTD civ.* 2000. 827.
- Obs. sous CJCE : 22 nov. 2001 : *RTD civ.* 2002. 291.
- Obs. sous Cass. civ. 3^e, 3 avril 2002 : *RTD civ.* 2002. 502.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005 : *RTD civ.* 2005. 391.

FENOUILLET (D)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *RDC* 2009. 1444.

FERRIERE (F)

- Obs. sous TGI Nanterre, JEX, 27 juin 1996 : *D.* 1997. 201.

FRANCOIS (J)

- Note sous Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006 : *Bull. civ. I*, n° 91 ; *D.* 2006. 1618.
- Note sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211 : *D.* 2006. Jur. 1618.
- Note sous Cass. com., 7 avril 2009 : *Defrénois* 2009. 1942.

GAUTIER (P.-Y)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *ibid.* 863.

GENICON (T)

- Obs. sous Cass. civ. 11 mai 2011 : *RDC* 2011. 1139.

GERARD (Y)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : *RD bancaire et bourse* 1995. 185.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n°s 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) :

RD banc. fin. nov.-déc. 2005, p. 14.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : nov.-déc., p. 14.
- Obs. sous Cass. com, 12 nov. 2008 : *Defrénois* 2009. 1397.

GHESTIN (J)

- Note sous Cass. com., 7 avril 2009 : *D.* 2009. 2080.

GIBIRILA (D)

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Defrénois* 2010. 1472.
- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Defrénois* 2010. 1474.

GJIDARA-DECAIX (S)

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2004 : *Rev. proc. coll.* 2006. 26, n° 2.
- Note sous Cass. 2^e civ. 10 mars 2005 : *Rev. proc. coll.* 2006, p. 3.
- Note sous Cass. 2^e civ. 10 mars 2005 : *JCPG* 2005. IV. 1928 ; *Rev. proc. coll.* 2006, comm. 3.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Rev. proc. coll.* 2010, n° 38.

GOURIO (A)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n°s 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *JCP G* 2005. II. 10140.
- Note sous Cass. Com., 20 juin 2006 : *JCP G* 2006. II. 10122.
- Note sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n°s 05-21.104 et 06-11.673) : *JCP G* 2007. II. 10146.
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *JCP* 2008. II. 10055.
- Note sous Cass. 1^{re}, 14 janvier 2010, *inédit* : *JCP G* 2010. I. 354.

GRIDEL (J.-P)

- Note sous Cass. civ. 3^e, 3 avril 2002 : *D.* 2002. 1860.

GUERCHOUN (F)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2009 : *RLDC* 2010. 72.

GUILLOT (J. –L)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n°s 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *Rev. Banque* oct. 2005, p. 94.
- Note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *Banque*, n° 673, oct. 2005, p. 94.

HENAFF (G)

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2004 : *Bull. civ.* I, n° 386 ; *D.* 2004. 2991.

HEUGAS-DARRASPEN (H)

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997 : *Bull. civ.* I, n° 181 ; *D.* 1998. 245.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *RD imm.* 2006, p. 123.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *RDI* 2008. 35.

HONORAT (A)

- Obs. sous Cass. com. 22 juin 1993 : *Bull. civ.* IV, n° 264 ; *D.* 1993. 366.

HOUTCIEFF (D)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *Bull. Joly* 2009. 1048.

- Note sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *ibid.* 2971.
- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *RDC* 2011. 910;
- Note sous Cass. com., 8 mars 2011 : Bull. Joly 2011. 470.
- Note sous Cass. com., 5 avril 2011 (2 arrêts) : *RDC* 2011. 906.

JACOB (F)

- Obs. sous Cass. com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Nahoum : Banque et Droit*, janv.-févr. 2003, p. 52.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *Banque et Droit* sept.-oct. 2009. 44.
- Note sous CA Amiens, 11 octobre 2007 : *Banque et droit* 2008, n° 1198, p. 44.
- Obs. sous Cass. com. 5 avril 2011 : *Banque et Droit* juill.-août 2011. 34.

JOBARD-BACHELIER (M.-N)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998 : *D.* 1999. 28.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *ibid.* 2000. 1615.

JOURDAIN (P)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997 : *RTD civ.* 1997. 434.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 20 novembre 2003, n° 01-17.977 : *RTD civ.* 2004, p. 103.
- Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n°s 05-21.104 et 06-11.673) : *RTD civ.* 2007. 779.

JULIEN (P)

- Obs. sous Cass. avis, 9 octobre 1992 : *D.* 1993. Somm. 1888.

KOERING (C)

- Note sous Cass. com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Nahoum : Bull. civ.* IV, n° 136 ; p. 451; *D.* 2003. 414.

LASBORDES (V)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 2001 : *LPA* 16 janv. 2002.

LASSERRE CAPDEVILLE (J)

- Obs. sous Cass. com. 3 juil. 2012 : *EDBA* n°8, 1^{er} sept. 2012.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : *LPA* 5 nov. 2012.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 2013 : *JCP G* 2013. 106.

LEBEL (C)

- Note sous Cass. com, 12 nov. 2008 : *JCP E* 2009. 1023.
- Note sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *ibid.* 1357.

- Note sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *JCP E* 2010. 1357.
- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Rev. proc. coll.* 2010, n° 131.

LE CORRE (P.-M)

- Note sous Cass. com, 12 nov. 2008 : *Bull. Joly* 2009. 275.

LECUYER (H)

- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *RJDA* 2011, n° 466 ; *Defrénois* 2011. 1402.

LEDAN (S)

- Note sous Cass. 2^e civ. 10 mars 2005 : *Gaz. Pal.* 26/27 juill. 2006, p. 18.
- Note sous Cass. 2^e civ. 10 mars 2005 : *Bull. civ.* II, n° 67 ; *Gaz. Pal.* 26/27 juill. 2006, *jurispr.* p. 18.

LEGEAIS (D)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : *JCP E* 1996. II. 772.
- Obs. sous Cass. com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Nahoum* : *RTD com.* 2003. 151.
- Note sous Cass. com., 8 octobre 2002 : *JCP E* 2002. 1730.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 2003 : *RTD com.* 2003. 554.
- Obs. sous Cass. com., 24 sept. 2003 : *RTD com.* 2004. 142.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 2004 : *RTD com.* 2004. 581.
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n°s 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *JCP E* 2005. 1359 ; *RD banc. fin.* sept.-oct. 2005, p. 20 et *RTD com.* 2005. 829.
- Note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *Bull. civ.* I, n° 324, 325, 326 et 327 ; *JCP E* 2005. 1359.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *RTD com.* 2005, p. 829.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *RD banc. fin.* sept.-oct. 2005, p. 20.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 : *RTD com.* 2006. 171.
- Note sous Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006 : *JCP E* 2006. 1522.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 février 2006 : *RTD com.* 2006. 642.
- Note sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517 : *JCP E* 2006, p. 996.
- Comm. sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315 : *RLDC* juill.-août 2006, p. 36.
- Note sous Cass. com., 20 juin 2006 : *JCP E* 2006. 2271.
- Obs. sous Cass. com., 20 juin 2006 : *RTD com.* 2006. 645.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2006 : *RD bancaire et fin.* 2007, n°64.
- Obs. sous Cass. com., 13 février 2007 : *RD bancaire et fin.* 2008. 9.

- Note sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n^{os} 05-21.104 et 06-11.673) : *JCP E* 2007. 2105 et *RTD com.* 2007. 579.
 - Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *JCP E* 2007. 2576.
 - Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *RTD com.* 2008. 163.
 - Note sous Cass. com. 11 décembre 2007 : *JCP E* 2008. 1192 ; *RTD com.* 2008. 163 et *RD banc. et fin.* 2008, n^o 7.
 - Obs. sous Cass. com., 13 février 2007 : *RD bancaire et fin.* 2008. 9.
 - Note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 : *RTD com.* 2008. 602.
 - Obs. sous Cass. com., 7 avril 2009 : *RTD com.* 2009. 598.
 - Note sous Cass. civ. 1^{re} 18 juin 2009.
 - Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *RTD com.* 2009. 601 et 796.
 - Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *JCP G* 2009. 40, p. 25.
 - Note sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *JCP E* 2009. 2053.
 - Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2009 : *JCP E* 2010. 10068.
 - Obs. sous Cass. com., 12 janvier 2010 (inédit) : *RD bancaire et fin.* 2010, comm. 54.
 - Obs. sous Cass. com. 13 avril 2010 : *RD bancaire et fin.* 2010. 138.
 - Obs. sous Cass. com., 6 juillet 2010 : *JCP E* 2010. 1764.
 - Note sous Cass. com., 14 décembre 2010 : *JCP E* 2011. 1117.
 - Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *RTD com.* 2011. 402.
 - Note sous Cass. com., 8 mars 2011 : *JCP E* 2011, n^o 1270.
 - Note sous Cass. com., 5 avril 2011 (2 arrêts) : *RD bancaire et fin.* 2011. 89.
 - Obs. sous Cass. com., 8 novembre 2011 : *RD bancaire et fin.* 2012, comm. 13.
 - Obs. sous Cass. com., 22 novembre 2011, n^o 10-25.920 : *RD bancaire et fin.* 2012 comm. 11.
 - Comm. sous Cass.com., 3 juillet 2012 : *JCP E* 2012. 1519.
 - Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : *RTD com.* 2012. 832.
 - Obs. sous Cass. com., 27 novembre 2012, n^o 11-22.706 : *RD Bancaire et fin.* 2013, comm. 14.
 - Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *TD com.* 2013. 126.
 - Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 2009 : *JCP E* 2010. 10068.
- LEGRAND (V)**
- Note sous Cass. com., 12 janvier 2010 (inédit) : *JCP E* 2010. 1341.

LEGROS (J-P)

- Note sous Cass. com, 12 nov. 2008 : *Dr. sociétés* 2009, n° 15.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Dr. sociétés* 2010. 77.
- Note sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Dr. sociétés* 2010, n° 76.

LEVENEUR (L)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *Contrats, conc., consomm.* 2000. 106.
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *Contrats, conc., consomm.* 2000. 142.
- Note sous Cass. civ. 3^e, 3 avril 2002 : *Contrats, conc., consomm.* 2002.
- Note sous Cass. com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Nahoum* : *Contrats, conc., consom.* 2003, n° 20.
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 : *Contrats, conc., consomm.* 2008. 255.

LIENHARD (A)

- Obs. sous Cass. com, 12 nov. 2008 : *Bull. civ.* IV, n° 191 ; *D.* 2008. AJ. 2929.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Bull. civ.* II, n° 20 ; *D.* 2010. AJ. 321.
- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *ibid.* AJ. 434.

LIPINSKY (P)

- Note sous Cass. civ. 3^e, 10 mai 2001 : *Bull. civ.* III, n° 61 ; *JCP G* 2001. IV. 2195 ; *D.* 2001. 3156.

LOCHOUARN (D)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *JCP N* 2000. 1270.

LOISEAU (G)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *JCP G* 2001. II. 10461.

MACORIG-VENIER (F)

- Obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2006 : *Dr. et part.* juin 2007. 90.
- Obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2006 : *JCP G* 2006. IV. 1912 ; *Dr. et part.* juin 2007. 90.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Dr. et patr.* oct. 2010. 93.
- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *RJ com.* 2011. 324.

MARIE (C.)

- Note sous Arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans, le 21 février 1996 (contrat de cautionnement - Vices du consentement - Mention manuscrite - Responsabilité civile

du créancier - Intérêts dus par la caution), *Revue Juridique du Centre Ouest*, 1996, n° 8, p. 226.

- Note sous Arrêt rendu par la Cour d'appel de Limoges le 12 mars 1996 (Contrat de cautionnement - Protection des consommateurs), *Revue Juridique du Centre Ouest*, 1997, n° 19, p. 147.

- « Pas de pitié pour les cautions des débiteurs surendettés », Note sous Arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 13 Novembre 1996, *Contrats - Concurrence - Consommation*, Juillet 1997, n° 7 et 8, chron. 7.

- Note sous Jugement rendu par le Tribunal de Grande Instance d'Orléans le 7 février 1997 (Cautionnement - Mention manuscrite - Dol - Faute du créancier), *Revue Juridique du Centre Ouest*, 1998, n° 21, p. 163.

- Note sous Arrêt rendu par la Cour d'appel de Limoges (Cautionnement - Matière commerciale - Procédure collective), 12 nov. 1998, *Revue Juridique du Centre Ouest*, 2002, n° 24, p. 123

MARRAUD des GROTTE (G)

- Note sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315 : *RLDC* juill.-août 2006, p. 36.

MARTIN (D.-R)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *ibid.* 2002. 640.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *D.* 2006. Pan. 167.

- Obs. sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n^{os} 05-21.104 et 06-11.673) : *D.* 2008. Pan. 878.

- Obs. sous Cass. com., 7 avril 2009 : *D.* 2010. 1043.

- Note sous Cass. 2^e civ., 27 février 2014 : *D.* 2014. 1081.

MATHEY (N)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2011 : *RJDA* 2012, n° 330 ; *RD banc. fin.* 2011, n° 194.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : *RD bancaire et fin.* 2012, n° 145.

- Obs. sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *JCP E* 2013. 1304, spéc. n° 31.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *RJDA* 2013, n° 153; *RD banc. fin.* 2013, n° 47.

MATHIEU (B)

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Gaz. Pal.* 2010. 1669.

- Obs. sous Cass. com., 14 décembre 2010 : *Gaz. Pal.* 2011. 958.

MATHONNIERE (C)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *RLDA* janv. 2013. 45.

MATTOUT (J.-P)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *Dr. et patr.* 2005, n^o 143, p. 98.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *RCA* n^o 10/2005, p. 22 ; *BRDA* 2005, n^o 20, p. 11 ; *Dr. et patr.* 2005, n^o 143, p. 98.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *Dr. et patr.* mars 2008, p. 81.

MAURIES (V)

- Obs. sous Cass. com., 14 décembre 2010 : *RLDA* févr. 2011. 30.

- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *RLDA* avr. 2011. 32.

- Obs. sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *RLDA* nov. 2012. 31.

MAZEAUD (D)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : *Defrénois* 1995. art. 36210, n^o 149.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *D.* 2001. 1140.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 2001 : *ibid.* 2002. 71.

- Obs. sous Cass. civ. 3^e, 3 avril 2002 : *ibid.* 2844.

MESTRE (J)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : *RTD civ.* 1996. 384.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997 : *ibid.* 924.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1998 : *RTD civ.* 1999. 621.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *RTD civ.* 2000. 827.

- Obs. sous CJCE : 22 nov. 2001 : *RTD civ.* 2002. 291.

- Obs. sous Cass. civ. 3^e, 3 avril 2002 : *RTD civ.* 2002. 502.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005 : *RTD civ.* 2005. 391.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *JCP G* 2013. 73.

MONSERIE-BON (M.-H)

- Obs. sous Cass. com, 12 nov. 2008 : *Dr. et part.* sept. 2009. 106.

- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *RTD com.* 2010. 391.

- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Dr et part.* oct. 2010. 83.

MOREL-MAROGER (J)

- Obs. sous Cass.com., 3 juillet 2012 : *RLDA* 2012, n° 75, p.27.

MORGAN de RIVERY-GUILLAUD (A.-M)

- Note sous Cass. avis, 9 octobre 1992 : *Bull. avis*, n° 4 ; *JCP G* 1993. II. 22024.

MORVANT (P)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 1998 : *JCP E* 1999. 56.

NETTER (E)

- Obs. sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *Banque et Droit* nov.-déc. 2012. 56.

ORSINI (I)

- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Bull. civ.* IV, n° 35, 36 et 38 ; *D.* 2010. Chron. C. cass. 1113.

PAILLER (P)

- Obs. sous Cass. com., 14 décembre 2010 : *Gaz. Pal.* 2011. 473.

PAISANT (G)

- Note sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1992 : *RTD com.* 1992. 455.

- Note sous Cass. 1^{re} civ., 18 févr. 1992 : *Bull. civ.* I, n° 57, *D.* 1992. IR 36, *RTD com.* 1992. 455.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1992 : *RTD com.* 1993. 369.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993 : *RTD com.* 1993. 370.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996 : *RTD com.* 1996. 523.

- Note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2001 : *RTD com.* 2001. 780.

- Note sous CJCE : 22 nov. 2001 : *JCP G* 2002.

- Obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2002 : *RTD com.* 2002. 732.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2003 : *LPA* 8 déc. 2003.

- Obs. sous Cass. 2^e civ., 16 oct. 2003 : *RTD com.* 2004. 165.

- Obs sous Cass. 2^e civ., 16 oct. 2003 : *Bull. civ.* II, n° 313 ; *JCP G* 2003. IV. 2913 ; *RTD com.* 2004. 165.

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 8 avr. 2004 : *RTD com.* 2004. 820.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005 : *JCP G* 2005. II. 10114.

- Obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2006 : *RTD com.* 2006. 678.

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *RTD com.* 2010. 437.

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Bull. civ.* II, n° 20 ; *RTD com.* 2010. 437.

PARANCE (B)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *D.* 2005 Jur. 3094.

- Note sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n^{os} 05-21.104 et 06-11.673) : *RLDC* 2007/43, n^o 2726.

PETEL (Ph)

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *JCP E* 2010. 1296, n^o 2.

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *JCP G* 2010. 401.

- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *ibid.* 1296, n^o 1.

PICOD (Y)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1991 : *JCP G* 1991. II. 21702.

- Note sous Cass. com. 8 oct. 2002, n^o 99-18.619, *Nahoum* : *JCP G* 2003. II. 10017.

- Note sous Cass. com., 8 octobre 2002 : *JCP G* 2003. II. 10017.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n^o 01-14082 : *Bull. civ.* I, n^o 167 ; *D.* 2004. 204.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *RJDA* 2010, n^o 76 ; *Dr. et proc.* 2009. 362.

- Note sous Cass. com., 8 mars 2011 : *Bull. civ.* IV, n^o 31 ; *D.* 2011. 1193.

- Obs. sous Cass. com., 8 mars 2011 : *Droit et proc.* sept. 2011, suppl. Droit de la consommation, p. 19.

- Obs. sous Cass. com. 5 avril 2011 : *Droit et proc.* sept. 2011, suppl. Droit de la consommation, p. 19.

PIEDELIEVRE (S)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 1995 : *D.* 1995. 621.

- Note sous Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997 : *Defrénois* 1998. 125.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 1998 : *Defrénois* 1999. 16.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *D.* 2000. 482.

- Note sous Cass. com. 8 oct. 2002, n^o 99-18.619, *Nahoum* : *Defrénois* 2003. 456.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 2003 : *Gaz. Pal.* 2003. 2574.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n^o 01-14082 : *Gaz. Pal.* 2004. Somm. 1999.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) :

RLDC 2005, n^o 21, p. 15.

- Note sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *RLDC* 2005, n^o 21, p. 15.

- Note sous Cass. com., 3 mai 2006, n^o 02-11.211 : *Gaz. Pal.* 28 juin 2005, p. 5.

- Note sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-15.517 *Gaz. Pal.* 28 juin 2006, p. 5.
- Note sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 04-19.315: *Gaz. Pal.* 28 juin 2006, p. 5
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ.. 12 juillet 2006 : *Bull. civ. I*, n° 397 ; *JCP N* 2007. 1157, n° 6.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 : *Gaz. Pal.* 2008. 5. 3398.
- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *D.* 2009. 2198.
- Note sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *ibid.* 482.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *RD banc. fin.* 2010, n° 147.
- Note sous Cass. com., 6 juillet 2010 : *D.* 2010. 1747 et 2129.
- Note sous Cass. com., 8 mars 2011 : *ibid.* 2859.
- Note sous Cass. com., 5 avril 2011 : *Gaz. Pal.* 2011. 2863.
- Note sous Cass. com. 5 avril 2011 : *ibid.* 2860.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2011 : *ibid.* 3550.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : *RJDA* 2012, n° 993 ; *Gaz. Pal.* 2012. 2797.
- Chron. sous Cass. com. 3 juil. 2012 : *GP* n° 250, 6 sept. 2012.
- Note sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *Gaz. Pal.* 2012. 3311.

PIETTE (G)

- Note sous Cass. civ. 1^{er} 10 avril 2013, n° 12-18.544, *D.* 2013. 1460.
- Note sous Cass. com., 1^{er} avril 2014, n° 13-11. 313, *Lexbase Hebdo-Edition Affaires* 2014, n° 379.
- Note sous Cass. com. 11 juin 2014, n° 13-14. 848, *Lexbase Hebdo-Edition Affaires* 2014, n° 388.

PIZZIO (J.-P)

- Obs. sous CJCE : 22 nov. 2001 : *ibid.* somm. 2929, obs J.-P.

POISSONNIER (G)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2011 : *Gaz. Pal.* 2011. 3365.

PRUM (A)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, nos 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *Dr. et patr.* 2005, n° 143, p. 98.
- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2005 (4 espèces) : *RCA* n° 10/2005, p. 22 ; *BRDA* 2005, n° 20, p. 11 ; *Dr. et patr.* 2005, n° 143, p. 98.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 2007 : *Dr. et patr.* mars 2008, p. 81.

PUIG (P)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2008 : *RDC* 2009/1, p. 188.

RADE (C)

- Chron. sous Cass. civ. 2^e, 20 novembre 2003, n° 01-17.977 : *Resp. civ. et assur.* 2004.

RAYMOND (G)

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1991 : *Contrats, conc., consom.* 1992, n° 19.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1992 : *Contrats, conc., consom.* 1992, n° 145.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 27 oct. 1992 : *Contrats, conc., consom.* 1997, n° 17.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 30 octobre 1995 : *Contrats, conc., consom.* 1995, n° 209.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 1996, *Inédit* : *CCC* 1996, n° 87.

- Obs. sous CA Paris, 13 novembre 1996 : *Contrats, conc., consom.* 1997, n° 39.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000 : *Bull. civ. I*, n° 285 ; *JCP* 2001. IV. 1010 ; *Contrats, conc., consom.* 2001, n° 36.

- Note sous CJCE : 22 nov. 2001 : *Contrats, conc., consom.* 2002, n° 18.

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 juill. 2002 : *Contrats, conc., consom.* 2002, n° 180.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 2003 : *Contrats, conc., consom.* 2003, n° 97.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2003 : *Contrats, conc., consom.* 2003, n° 169.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 27 mai 2003 : *Bull. civ. I*, n° 131 ; *JCP E* 2003. 1261 ; *Contrats, conc., consom.* 2003, n° 169.

- Note sous Cass. civ. 2^e, 8 avr. 2004 : *CCC* 2004, n° 166.

- Note sous Cass. 1^{re} civ., 10 fév. 2005 : *Contrats, conc., Consom.* 2005, n° 121.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005 : *Contrats, conc., consom.* 2005, n° 100.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2006 : *Bull. civ. I*, n° 398 ; *CCC* 2007, n° 38.

- Com. sous Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2006 (*inédit*) : *Contrats, conc., consom.* 2006, n° 253.

- Note sous Ch. Mixte, 29 juin 2007, (deux arrêts, n°s 05-21.104 et 06-11.673) : *Contrats, conc., consom.* 2007, n° 268.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009 : *Contrats, conc., consom.* 2009, n° 225.

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Contrats, conc., consom.* 2010. 142.

- Obs. sous Cass. com., 22 juin 2010 : *Contrats, conc., consom.* 2010, n° 263.

- Obs. sous Cass. com., 6 juillet 2010 : *Contrats, conc., consom.* 2010, comm. 263.

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 2011 : *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 7, comm. 177.

- Obs. sous Cass. com., 5 avril 2011 : *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 176.

- Obs. sous Cass. com. 5 avril 2011 : *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 204.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2011 : *Contrats, conc., consom.* 2011, n° 268.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2012 : *Contrats, conc., consom.* 2012, n° 288.
- Obs. sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *Contrats, conc., consom.* 2013, n° 16.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2012 : *Contrats, conc., consom.* 2013, n° 45.
- Note sous Cass. com., 22 janvier 2013 : *Contrats, conc., consom.* 2013, n° 89.

REGNAUT-MOUTIER (C)

- Obs. sous Cass. com, 12 nov. 2008 : *Act. pro. coll.* 2008, n° 310.

REILLE (F)

- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *ibid.* 2-3 juill. 2010, p. 19.

ROMAN (D)

- Note sous Cass. com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Nahoum* : *LPA* 8 juill. 2003.

RONDEY (C)

- Obs. sous CJCE : 22 nov. 2001 : *D.* 2002. AJ. 90.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 18 mars 2003 : *Bull. civ.* I, n° 84 ; *D.* 2003. 1036.
- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 8 avr. 2004 : *Bull. civ.* II, n° 190 ; *D.* 2004. AJ. 1383.
- Obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2006 : *D.* 2006. AJ 1368.
- Obs. sous Cass. 2^e civ., 22 mars 2006 : *Bull. civ.* II, n° 88 ; *D.* 2006. AJ. 1368.
- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 2001 : *D.* 2001. Actu. 2676.

RONTCHEVSKY (N)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005 (4 arrêts) : *Banque et droit janv.-févr.* 2008, p. 58.
- Note sous Cass. com., 13 février 2007 : *Banque et droit janv.-févr.* 2008, p. 58.
- Obs. sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *Banque et droit* 128/2009. 62.

ROUSSEL GALLE (P)

- Note sous Cass. com, 12 nov. 2008 : *Rev. sociétés* 2009. 607.

RUBELLIN (P)

- Note sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *Bull. Joly* 2010. 567.

SAINT-ALARY-HOUIN (C)

- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Dr et part.* oct. 2010. 83.

SAINTE-ROSE (J)

- Cass. civ. 1^{re}, 28 mars 2000 : *Bull.civ.* I, n° 105, p. 70 ; *JCP G* 2000. II. 10296, concl. avocat général.

SAINTOURENS (B)

- Obs. sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *ibid.* n° 149.

- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *ibid.*, n° 148.

SAMIN (T)

- Note sous Cass. com., 3 mai 2006, n° 02-11.211 : *RD banc. fin.* 2006, n° 4, p. 12

- Comm. sous Cass. Com., 3 juillet 2012 : *RD bancaire et fin.* 2012. 175.

SAVAUX (E)

- Obs. sous Cass.civ. 3^e, 3 avril 2002 : *Defrénois* 2002. 1246.

SIMLER (P)

- Obs. sous Cass. com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, *Nahoum* : *ibid.* I. 124, n° 6.

- Obs. sous Cass. com., 8 octobre 2002 : *ibid.* I. 124.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n° 01-14082 : *ibid.* I. 176, n° 4.

- Obs. sous CA Chambéry, 31 octobre 2006 : *JCP G* 2007. I. 158, n° 5.

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 19 décembre 2006 : *JCP G* 2007. I. 158.

- Obs. sous Cass. com., 17 février 2009 : *JCP G* 2009. I. 150, n° 6.

- Note sous Cass. com., 8 novembre 2011 : *JCP G* 2012. 626.

- Obs. sous Cass. com., 31 janvier 2012 : *JCP G* 2012. 626, n° 5.

- Obs. sous Cass. com., 13 mars 2012, n° 10-30.927 : *JCP G* 2012. 626, n° 5.

- Obs. sous Cass. com., 16 octobre 2012 : *JCP G* 2012. 1291.

- Obs. sous Cass. com., 27 novembre 2012 : *JCP G* 2013. 585, n° 6.

SECNAZI (R)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000 : *JCP E* 2001. II. 571.

SORTAIS (J.-P)

- Note sous Cass. civ. 2^e, 21 janv. 2010 : *RJ com.* 2010. 305.

STEFANIA (T)

- Note sous Cass. civ. 2^e, 27 février 2014 : *LPA* 19/05/2014, n°99, p. 7.

STOFFEL-MUNCK (P)

- Obs. sous Cass. com., 7 avril 2009 : *Dr. et patrimoine* juill. 2009, p. 87.

- Note sous Cass. com., 20 octobre 2009 : *JCP G* 2010. 456.

SYNVET (H)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, (3 arrêts, n^{os} 03-10.770, 02-13.155 et 03-10.921) : *D.* 2006. Pan. 167.

TEYSSIE (B)

- Obs. sous Cass. com., 7 avril 1992 : *Bull. civ.* IV, n^o 149 ; *JCP G* 1992, IV, 1706 ; *RTD com.* 1993, p. 143.

THERY (P)

- Obs. sous Cass. com. 8 oct. 2002, n^o 99-18.619, *Nahoum* : *ibid.* 411.

TOUANNE de la (S)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2009 : *D.* 2010. Act. 346.

VALLANSAN (J)

- Obs. sous Cass. com. 9 févr. 2010 : *Act. proc. coll.* 2010, n^o 70.

VIDAL (D)

- Note sous Cass. com., 3 novembre 1992 : *Bull. civ.* IV, n^o 336 ; *JCP E* 1993, II, 402.

VINEY (G)

- Obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 25 février 1997 : *JCP G* 1997. I. 4025.

- Obs. sous Cass. com., 20 juin 2006 : *RDC* 2007. 300.

- Obs. sous Cass. 1^{re} civ., 12 juillet 2006 : *RDC* 2007. 300.

VIRASSAMY (G)

- Obs. sous Cass. civ. 3^e, 3 avril 2002 : *JCP G* 2002. I. 184.

WITTMANN (V)

- Note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 septembre 2011 : *D.* 2011. 2716.

ZENATI (F)

- Obs. sous Cass. com. 22 juin 1993 : *RTD civ.* 1994. 888.

Jurisprudence non commentée

Cass. crim., 12 novembre 1986 : *Bull. crim.*, n^o 335.

Cass. crim., 12 novembre 1986, n^o 85-95.538 : *Bull. crim.*, n^o 335.

Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1991.

Cass. 1^{re} civ., 17 mai 1993 : *Bull. civ.* I, n^o 181.

Cass. civ. 1^{re}, 17 novembre 1993 : *Bull. civ.* I, n^o 333 et 334.

Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1994 : *Bull. civ.* I, n^o 100.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1998 : *Bull. civ.* I, n° 342.

Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 06-10.629.

Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 2007 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 350.

CA Aix-en-Provence, 29 janvier 2009, RG n° 2009/57 : *Jurisdata* n° 2009-011784.

Cass. civ. 1^{re}, 18 février 2009 : *RJDA* 2009, n° 574.

Cass. com., 14 décembre 2010.

Cass. com., 8 novembre 2011 : *JurisData* n° 2011-025307.

Cass. com., 13 mars 2012 : *RJDA* 2012, n° 801.

Répertoires, encyclopédies

PETIT (B)

Contrats et obligations – Obligation d’information, JCL Fasc. 50.

PIETTE (G)

Rép. com. *Dalloz*, V° Cautionnement commercial, 2012.

Rép. civ. *Dalloz*, V° Cautionnement, 2009.

ROUXEL (S)

Contrats et obligations – Obligation d’information, JCL Fasc. 50.

Lois, décrets et directives

- Loi du 22 juillet 1867 sur les sociétés, *Recueil Duvergier*, p. 241.

- Loi du 20 août 1936 Conseil national économique : *JO* du 22 août 1936, p. 9074.

- Loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l’usure, aux prêts d’argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité : *JO* du 29 décembre 1966, p. 11623.

- La loi n° 78-22 du 10 janvier 1978, relative à l’information et à la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit : *JO* du 11 janv. 1978

- Loi n°79-596 du 13 juillet 1979, dite « Scrivener 2 », relative à l’information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier : *JO* du 14 juillet 1979, p. 1836.

- Directive européenne n°87/102, du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation : *JO* du 12 février 1987, p. 48.
- Loi « Neiertz » n° 89-1010 du 31 déc. 1989, relative à la prévention et aux règlements des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles : *JO* du 2 janvier 1990, p. 18.
- La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécutions qui a créé le juge de l'exécution a transféré le contentieux du surendettement auprès de ce dernier : *JO* du 14 juillet 1991, p. 9228.
- Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 : *JO* 27 juillet 1993, p. 10538.
- Loi n° 95-125 du 8 février 1995 article 29 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative : *JO* du 9 févr. 1995.
- Décret n° 97-298 du 27 mars 1997 deuxième partie réglementaire de la construction du code de la consommation : *JO* du 3 avril 1997, p. 5123.
- Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions : *JO* du 31 juil. 1998.
- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : *JO* du 12 décembre 2001, p. 19703.
- Décret n° 2002-159 du 8 février 2002 fixant le taux de l'intérêt légal : du 10 février 2002, p. 2737.
- Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique : *JO* n° 179 du 5 août 2003.
- Loi n° 2003-710 du 1 août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine : *JO* du 2 août 2003, p. 13281.
- Directive n° 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil : *JO* du 22 mai 2008, p. 66.
- Loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : *JO* du 2 juillet 2010.
- Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.
- LOI n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires : *JO* du 27 juillet 2013, p. 12530.

- Avant-projet de réforme du droit des obligations, Document de travail, 23 octobre 2013, *Les échos* du 14 janvier 2014.
- Décret n° 2014-98 du 4 février 2014 fixant le taux de l'intérêt légal pour l'année 2014 : *JO* du 6 février 2014, p. 2153.
- Directive 2014/17/UE du Parlement européen et du conseil du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel : *JOUE* du 28 février 2014, L 60/34.
- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : *JO* du 18 mars 2014, p. 5400.

Circulaires, études et rapports

- Rapport Mme BETCH, Conseiller rapporteur à la Cour de cassation, à propos des arrêts de la chambre mixte du 29 juin 2007 :
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/betch_conseiller_10630.html
- Communiqué relatif aux arrêts 255 et 256 du 29 juin 2007 :
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/arrets_n_10614.html
- Archives historiques de la Banque de France (ABDF), direction générale du crédit, Conseil économique, Étude du crédit à la consommation, 1953-1954.
- J. J. KILBORN, « Expert recommendations and the evolution of European best practices for the treatment of overindebtedness, 1984-2010 », Social science research network, 2010 : <http://ssrn.com/abstract=1663108> (consulté le 3 septembre 2014)
- Service des affaires européennes, « Traitement du surendettement », 1998, site du Sénat : www.senat.fr/lc/lc37/lc37.html (consulté le 3 septembre 2014).

Dictionnaires et lexiques

- Dictionnaire de la culture juridique, ss. Dir. D. ALLAND et St. RIALS, *PUF*, 2003, 1792 pages.
- Vocabulaire juridique, Cornu, *PUF*, 10^e éd., 2014, 1099 pages.

Le nouveau petit Littré, *LGF*, 2009, 2280 pages.

INDEX

Acceptation :

13, 50, 83, 85, 88, 89, 132, 331, 332, 345

Actif patrimonial :

14, 38, 203, 204, 310, 407

Action sociale :

57, 325, 326, 327, 334, 336, 337, 338, 339, 343, 346, 350

Assurance :

57, 67, 68, 84, 86, 88, 179, 256, 356

Bail :

135, 170, 204, 304, 306, 316, 331, 346

Bonne foi :

13, 15, 16, 24, 25, 26, 31, 52, 64, 65, 110, 111, 124, 143, 144, 145, 147, 170, 202, 208, 249, 254, 258, 275, 322, 326, 332, 340, 361, 365, 366, 405

Bordereau de rétractation :

152, 153, 154, 192, 368, 370

Cautionnement :

42, 44, 46, 70, 71, 72, 74, 75, 80, 82, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 98, 101, 102, 112, 113, 116, 117, 121, 122, 129, 144, 145, 148, 149, 150, 151, 154,

157, 158, 159, 165, 166, 167, 169, 174, 179, 180, 193, 205, 209, 211, 212, 214, 215, 216, 265, 266, 272, 288, 290, 291, 293, 294, 295, 297, 298, 302, 303, 304, 305, 307, 308, 311, 318, 337, 340, 341, 348, 349, 350, 362, 364, 365, 366, 368, 370, 384, 385, 404, 405, 406, 407, 409

Consentement :

27, 44, 47, 55, 80, 93, 95, 110, 139, 150, 154, 206, 212, 275, 323, 334, 340, 360, 384

Crédit à la consommation :

19, 20, 21, 22, 23, 29, 35, 36, 37, 38, 39, 44, 46, 48, 49, 54, 55, 58, 63, 65, 66, 70, 75, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 91, 93, 96, 100, 102, 104, 148, 152, 153, 154, 159, 163, 174, 180, 185, 186, 192, 193, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 227, 230, 233, 234, 240, 244, 257, 258, 259, 260, 263, 264, 274, 279, 296, 297, 298, 299, 306, 308, 312, 363, 364, 365, 366, 367, 370, 371, 394, 395, 396, 404, 405, 406, 407, 408

Crédit excessif :

124, 168, 171

Crédit immobilier :

36, 48, 53, 54, 55, 63, 75, 82, 83, 84, 88, 89, 90, 96, 99, 174, 175, 178, 204, 218, 219, 221, 227, 258, 259, 277, 297, 304, 316, 343, 404, 405, 406

Crédit renouvelable :

47, 53, 66, 67, 84, 86, 87, 104, 221, 223, 281, 282, 308, 368

Déchéance des intérêts :

187, 301

Délai de rétractation :

83, 88, 279, 306

Effacement des dettes :

14, 25, 26, 320, 323, 324, 370

Emprunteurs :

111, 112, 121, 123, 127, 133, 134, 138, 145, 146, 153, 178, 186, 193, 225, 242, 244, 264, 291, 298, 303

Endettement :

8, 15, 16, 19, 21, 22, 23, 36, 39, 42, 52, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 77, 86, 99, 100, 111, 112, 113, 115, 117, 119, 125, 136, 176, 178, 186, 196, 198, 199, 200, 201, 202, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 236, 238, 241, 242, 243, 244, 247, 255, 256, 258, 260, 276, 279, 281, 282, 302, 303, 330, 332, 333, 340, 343, 349, 350, 357, 359, 361, 369, 407, 408

Explication :

55, 57, 58, 96, 129, 160, 163, 175, 176, 177, 193, 216, 297, 404, 406

Famille :

204, 220, 229, 259, 311, 324, 325, 338, 339, 342, 367, 410

Faute :

15, 161, 162, 165, 169, 385

FCC :

238, 329, 330, 333, 334

Fiche d'information :

47, 55, 57, 58, 86

FICP :

36, 58, 59, 211, 222, 237, 238, 239, 240, 241, 245, 329, 330, 331, 333, 334

Forclusion :

94, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 363, 365, 405

Impôt :

208

Incident de paiement :

36, 77, 101, 240, 329, 330, 333, 334, 410

Information précontractuelle :

47, 55, 63

Loyauté :

28, 63, 64, 110, 124, 143, 144, 145, 365, 369

Mauvaise foi :

52, 65, 73, 76, 143, 144, 146, 151, 154, 169, 332, 340

Mentions manuscrites :

36, 91, 92, 97, 148, 149, 150, 151, 295, 318, 405

Nullité :

80, 91, 92, 93, 95, 97, 102, 133, 137, 140, 142, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 168, 170, 293, 295, 299, 300, 323, 362, 405, 406, 409

Obligation de mise en garde :

111, 112, 113, 116, 117, 118, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 142, 144, 145, 159, 161, 163, 165, 167, 170, 171, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 189, 191, 193, 215, 240, 296, 297, 298, 302, 303, 405, 406, 407

Offre :

23, 50, 53, 55, 56, 80, 83, 84, 85, 86, 88, 100, 101, 102, 104, 107, 132, 142, 143, 145, 152, 153, 154, 159, 163, 168, 170, 184, 187, 192, 268, 281, 328, 335, 370, 404

Offre préalable :

50, 56, 86, 102, 153, 154, 184, 187, 370, 404

Passif patrimonial :

26, 205, 212, 407

Perte de chance de ne pas contracter :

161, 165, 167, 168, 171, 406

Plan amiable de recouvrement :

310

Proportionnalité :

70, 71, 72, 74, 92, 98, 116, 117, 122, 165, 166, 295, 296, 368, 404

Publicité :

17, 21, 23, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 138, 223, 242, 264, 362, 394, 404

Réflexion :

32, 53, 83, 85, 88, 96, 107, 182, 224, 278, 279, 290, 318, 334

Responsabilité contractuelle :

128, 133, 137, 170, 232, 241

Responsabilité délictuelle :

170

Rétablissement personnel :

14, 35, 137, 216, 245, 310, 320, 323, 367

Risque d'endettement :

113, 116, 117, 121, 124, 363, 405

Surendettement actif :

52, 62, 225, 226, 227, 229, 236, 237, 238, 261, 306, 307, 308, 309, 338, 408, 409

Surendettement passif :

52, 57, 164, 225, 226, 228, 229, 231, 232, 235, 237, 241, 242, 243, 261, 270, 304, 306, 308, 309, 310, 312, 329, 333, 338, 408, 409

Voies d'exécution :

329, 335, 336, 410

Vulnérabilité :

52, 87, 109, 115, 119, 126, 129, 130, 145, 157, 161, 164, 247, 254, 255, 256, 258, 260, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 269, 270, 271, 272, 274, 275, 278, 281, 282, 285, 291, 293, 305, 337, 349, 350, 405, 408, 409

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	9
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	13
INTRODUCTION.....	17
PARTIE I. LA DIFFICILE CONCILIATION DES SOURCES DES MESURES DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT	49
TITRE I. LE DROIT DE LA CONSOMMATION SOURCE PRINCIPALE MAIS INSUFFISANTE DE PRÉVENTION DU SURENDETTEMENT	53
Chapitre I. La maîtrise de l'information, mesure de prévention du surendettement.....	57
Section I. Le contrôle abouti de l'information dans les contrats de crédits aux consommateurs.....	60
§ 1. L'encadrement de l'information au cours de la période précontractuelle	60
A. L'obligation d'une publicité neutre.....	61
1. La publicité relative aux crédits à la consommation.....	61
2. La publicité relative aux contrats de crédit immobilier	66
B. La réciprocité nécessaire de l'information dans la phase précontractuelle	67
1. La discutable suppression de l'offre préalable standardisée.....	68
2. L'instauration d'un devoir d'explication du prêteur et de vérification de la solvabilité de l'emprunteur.....	70
3. L'obligation pour l'emprunteur de délivrer une information loyale au prêteur	76
§ 2. Le contrôle de l'information au cours de l'exécution du contrat de crédit à la consommation	78
A. L'obligation d'information du prêteur sur l'état d'exécution du contrat	79
B. L'interdiction du silence du prêteur en cas de défaillance de l'emprunteur.....	80
Section II. Le double visage de l'information de la caution.....	82
§ 1. La vérification de la solvabilité de la caution à travers l'obligation de proportionnalité.....	82
A. L'obligation de proportionnalité comme reflet de la conciliation des intérêts du créancier et de la caution.....	83
B. L'altération jurisprudentielle de l'efficacité de la protection de la caution	84
§ 2. L'utile information en cours d'exécution du contrat de cautionnement.....	86
A. Le discutable champ d'application de l'obligation d'information annuelle de la caution	87
B. L'indispensable information de la caution de la défaillance du débiteur principal.....	89
Chapitre II. Le recours au formalisme, mesure de prévention du surendettement.....	91
Section I. La nécessité d'un régime dérogatoire de formation des conventions dans une perspective préventive.....	95
§ 1. Le foisonnement d'exigences légales de formation des différents contrats de crédit.....	96
A. Les exigences de formation du contrat de crédit à la consommation	97
1. Quant à l'offre de contrat de crédit à la consommation	98
2. Quant au contenu du contrat de crédit à la consommation	99

B. Le développement à venir des exigences de formation du contrat de crédit immobilier.....	101
§ 2. La discutabilité de l'efficacité des mentions manuscrites dans le contrat de cautionnement.....	104
Section II. Le formalisme, source de règles dérogatoires	107
§ 1. L'efficacité du recours à la déchéance des droits du créancier	108
A. L'efficacité de la sanction civile de la déchéance du droit aux intérêts du prêteur	108
B. La nullité ou la déchéance du contrat de cautionnement, sanction de la non- conformité aux exigences légales.....	110
§ 2. L'encadrement strict de l'action du prêteur contre l'emprunteur.....	112
A. Des maladresses rédactionnelles à l'origine des difficultés du délai biennal.....	112
1. Un délai de forclusion contraire à l'intérêt de la personne à protéger	113
2. L'instrumentalisation du délai biennal de forclusion.....	115
B. Une rédaction nouvelle orientée vers la rigidité	116
TITRE II. LE DROIT COMMUN, PALLIATIF INSATISFAISANT DES LACUNES DU	
DROIT DE LA CONSOMMATION	119
Chapitre I. L'utilisation prétorienne du droit commun au service de la	
prévention du surendettement	123
Section I. Le recours aux notions classiques du droit commun des obligations	126
§ 1. La redécouverte de la notion de bonne foi à l'origine de l'obligation de mise en garde	127
A. Les conditions pertinentes de l'obligation de mise en garde	129
1. Le risque d'endettement excessif né de l'opération.....	129
a. L'appréciation de l'existence d'un risque d'endettement excessif dans le cadre du contrat de prêt.....	129
b. L'appréciation de l'existence d'un risque d'endettement excessif dans le cadre d'un contrat de cautionnement	132
2. La qualité de l'emprunteur et de la caution déterminante de l'existence de l'obligation de mise en garde	134
a. La conception large de l'emprunteur non averti	134
b. Le rejet de l'assimilation de la caution professionnelle à une caution avertie.....	136
3. Le créancier professionnel débiteur de l'obligation de mise en garde.....	137
B. Les deux volets préventifs de l'obligation de mise en garde	138
C. L'obligation de mise en garde, illustration des imperfections du droit de la consommation	141
1. L'échec du droit de la consommation dans sa mission de rééquilibrage des positions de l'emprunteur et du prêteur.....	142
2. La vulnérabilité déterminante de l'obligation de mise en garde.....	145
§ 2. La mise en lumière de la cause de l'obligation dans la prévention	146
A. La requalification du contrat de prêt à l'origine de la redéfinition de la cause de l'obligation.....	147
1. L'influence du droit de la consommation sur la qualification du contrat de prêt	147
2. Le rôle de la jurisprudence dans la requalification de la cause.....	149
a. Les prémices de l'appréciation jurisprudentielle de la cause de l'engagement de l'emprunteur	150
b. La confirmation de la prise en considération de l'affectation des sommes dans l'appréciation de la cause de l'engagement de l'emprunteur.....	151

B. La cause de l'obligation, outil occasionnel mais efficace de prévention.....	152
§ 3. Le recours limité à la théorie du vice de violence économique.....	155
Section II. La jurisprudence, facteur de rééquilibrage et d'assouplissement	158
§ 1. Une meilleure répartition des obligations entre emprunteur/prêteur.....	158
A. Par le biais de l'obligation de mise en garde	160
B. Par l'absence de cause de l'obligation et par la qualification de vice de violence économique.....	161
§ 2. La jurisprudence, remède à la rigidité du formalisme	163
A. L'atténuation jurisprudentielle au formalisme de la formation du contrat de cautionnement.....	164
1. Les tribulations du formalisme dans l'acte de cautionnement	165
2. Le bon sens jurisprudentiel retrouvé.....	166
B. L'atténuation jurisprudentielle au formalisme de la formation du contrat de crédit à la consommation	168
Chapitre II. La confrontation délicate du droit commun des obligations et du droit de la consommation	173
Section I. Des objectifs différents appelant des mécanismes spécifiques	177
§ 1. Les manquements aux règles formalistes, fondement des sanctions du droit de la consommation	178
A. Les fondements respectifs des sanctions édictées par le droit de la consommation et par le droit commun des obligations.....	178
B. L'inadéquation de cette conception avec la prévention du surendettement l'emprunteur.....	179
1. L'absence de prise en compte du préjudice subi par l'emprunteur dans la déchéance du droit aux intérêts du prêteur.....	180
2. Les conséquences dommageables de cette conception à l'égard de l'emprunteur	180
C. L'atténuation des conséquences de cette conception à l'égard des cautions.....	183
§ 2. La critique de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts.....	186
A. Le plaidoyer en faveur des sanctions de droit commun des obligations	186
1. Les bénéfices de la notion de perte de chance de ne pas contracter.....	186
2. La nullité préférée à d'autres sanctions.....	188
B. L'insuffisance de la sanction de la déchéance du droit quant à la réparation du préjudice de l'emprunteur en cas d'octroi excessif de crédit.....	189
Section II. L'adage <i>specialia generalibus derogant</i> , un frein à l'efficience du droit commun.....	191
§ 1. Les conséquences de l'adage <i>specialia generalibus derogant</i> dans l'articulation du droit commun et du droit de la consommation	192
A. Les conséquences négatives de l'adage <i>specialia generalibus derogant</i> dans la formation du contrat de crédit.....	192
1. La mise en péril de l'obligation de mise en garde par le devoir légal d'explication.....	193
a. La consécration maladroite de l'obligation de mise en garde par la loi « Lagarde » du 1 ^{er} juillet 2010.....	193
b. Le sort enviable de l'emprunteur professionnel non averti	195
2. Le maintien de l'obligation de mise en garde du prêteur dans l'octroi d'un crédit immobilier.....	196
B. La double conséquence de l'adage <i>specialia generalibus derogant</i> dans le contrat de cautionnement	198

§ 2. Les limites de l'adage <i>specialia generalibus derogant</i> dans l'articulation du droit commun des obligations et du droit de la consommation.....	199
A. L'affaiblissement de la sanction du droit de la consommation par le droit commun des obligations.....	200
1. L'insuffisance de la seule déchéance du droit aux intérêts conventionnels du prêteur.....	201
a. Le régime distinct des intérêts conventionnels et des intérêts légaux.....	201
b. La contestable jurisprudence « Theret ».....	202
2. La redéfinition nécessaire du champ d'application de la sanction de la déchéance du droit aux intérêts.....	204
B. L'effet moins dissuasif de la sanction de droit commun.....	206
1. La connaissance de la sanction par les parties au contrat comme condition de l'effet dissuasif de la sanction.....	207
2. L'interdiction pour le juge de relever d'office le manquement à l'obligation de mise en garde.....	209
PARTIE II. LA RECONCEPTUALISATION DU DROIT DU SURENDETTEMENT AU BÉNÉFICE DE SA PRÉVENTION.....	213
TITRE I. LES CONSÉQUENCES DE L'APPROCHE CONSUMÉRISTE DU SURENDETTEMENT SUR LA CONCEPTUALISATION DE LA PRÉVENTION.....	217
Chapitre I. La confusion préjudiciable des notions d'endettement et de crédit.....	221
Section I. Les manifestations de la confusion entre les notions d'endettement et de crédit.....	224
§ 1. La recherche d'une définition de la prévention du surendettement des particuliers.....	224
A. La définition légale de la notion de surendettement des particuliers.....	225
1. La détermination de l'actif patrimonial.....	226
2. La détermination du passif patrimonial.....	228
B. La proposition d'une définition de la prévention du surendettement des particuliers.....	230
§ 2. La confusion légale des notions d'endettement et de crédit.....	232
A. La multiplicité des interventions législatives en matières de surendettement – de la loi « Neiertz » de 1989 à la loi « Borloo » de 2003 –.....	232
1. L'émergence d'un droit du surendettement et sa codification dans le Code de la consommation.....	233
a. L'introduction de la confusion par la loi « Neiertz ».....	233
b. Le rattachement du droit du surendettement au droit de la consommation.....	235
c) Le maintien de la confusion dans les réformes législatives de 1995 et de 1998.....	237
2. L'élargissement de la prévention du surendettement aux actes de cautionnement.....	237
B. La transposition attendue de la directive européenne relative aux crédits à la consommation par la loi du 1 ^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation.....	240
1. L'incitation au maintien de la confusion par le législateur européen.....	240
2. La persistance de la confusion dans la réforme législative de 2010.....	241
§ 3. L'entretien de la confusion par la doctrine.....	244
1. L'endettement selon le Professeur Xavier Lagarde.....	244
2. L'endettement dans les ouvrages consacrés au droit de la consommation.....	245
Section II. La souhaitable distinction des notions d'endettement et de crédit.....	248

§ 1. Les deux définitions du surendettement.....	248
A. La distinction classique entre surendettement actif et surendettement passif.....	249
1. La notion de surendettement actif.....	250
2. La notion de surendettement passif.....	251
B. Le caractère sommaire de la conception.....	252
1. Des chiffres de la Banque de France à nuancer.....	253
a. L'absence de critères objectifs.....	253
b. La nécessité de recourir à des critères stricts mais non restrictifs.....	255
2. L'impossible recours à la qualification de l'acte à l'origine de l'endettement.....	256
§ 2. La discordance de la prévention légale face aux formes classiques de surendettement.....	259
A. La mise en place d'un fichier recensant les incidents de remboursement des crédits aux particuliers comme mesure de lutte contre le surendettement.....	259
1. L'efficacité limitée du fichier dans la prévention du surendettement actif.....	260
2. L'inefficacité du fichier dans la prévention du surendettement passif.....	264
B. La confusion terminologique à l'origine de la confusion de la politique préventive.....	264
1. Une législation préventive mal orientée.....	265
2. Une conception fataliste du surendettement.....	266
Chapitre II. La confusion regrettable de la personne vulnérable face au risque de surendettement avec le consommateur.....	269
Section I. La définition difficile de la personne vulnérable face au risque de surendettement.....	272
§ 1. L'impossible recourt à la définition du débiteur surendetté.....	272
A. La délicate identification de la personne surendettée.....	273
1. L'exclusion du débiteur des règles relatives au surendettement en raison de sa qualité.....	274
2. L'exclusion du débiteur des règles relatives au surendettement en raison de la nature de ses dettes.....	276
B. La nécessaire articulation selon la vulnérabilité de la personne face au risque de surendettement.....	278
§ 2. Les manifestations de la confusion légale entre la personne vulnérable face au risque de surendettement et le consommateur.....	281
A. De l'emprunteur en matière de crédit à la consommation au consommateur de crédit à la consommation.....	281
1. Les origines de la confusion de la personne vulnérable face au risque de surendettement et le consommateur.....	282
2. La consécration de la confusion avec la loi « Lagarde » du 1 ^{er} juillet 2010.....	283
B. L'entretien par la doctrine de la confusion entre la personne vulnérable face au risque de surendettement et le consommateur.....	284
Section II. Le rejet de la confusion entre débiteur vulnérable face au risque de surendettement et consommateur.....	287
§ 1. La confusion consommateur et débiteur vulnérable face au risque de surendettement, un obstacle à l'appréhension des causes du surendettement.....	287
A. La notion de vulnérabilité absente des définitions du consommateur.....	288
1. La discutable définition du consommateur dans la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation.....	289
2. La confirmation du choix d'une vision restreinte du consommateur.....	291
B. L'absence de prise en compte de la vulnérabilité dans les critères d'application des règles préventives.....	294

§ 2. L'approche actuelle de la personne vulnérable face au risque de surendettement, un frein au développement des règles préventives	297
A. L'incohérence de l'approche actuelle de la personne vulnérable face au risque de surendettement pour les prêteurs	298
1. L'iniquité de l'approche actuelle de la personne vulnérable face au risque de surendettement pour les prêteurs	298
2. L'invitation à la schizophrénie des prêteurs	299
B. L'incohérence de l'approche actuelle de la personne vulnérable face au risque de surendettement pour les emprunteurs	302
TITRE II. UNE APPROCHE TRANSVERSALE DU SURENDETTEMENT, REMÈDE À SA PRÉVENTION.....	307
Chapitre I. Les lacunes de l'approche restrictive du surendettement au détriment de sa prévention	311
Section I. L'illisibilité du droit de la consommation	314
§ 1. L'illisibilité du droit de la prévention du surendettement dans la formation du contrat de crédit et de cautionnement.....	314
A. L'incohérence des solutions résultant de l'application des mesures préventives.....	315
1. L'étrange codification des textes relatifs à la formation du contrat de cautionnement dans le Code de la consommation	316
2. La difficile lecture du régime réservé à l'emprunteur et à la caution professionnelle.....	317
B. La difficile détermination du régime applicable au contrat de crédit et de cautionnement.....	320
1. Quant au contrat de cautionnement.....	321
2. Quant au contrat de crédit	323
§ 2. Le désintérêt du droit de la consommation du régime de l'action de l'emprunteur	324
A. La compétence du Code civil pour l'action tendant à la nullité du contrat de prêt.....	325
B. La compétence du Code de commerce pour les actions tendant à la déchéance du droit aux intérêts.....	326
Section II. L'évolution nécessaire des mesures de prévention selon les formes de surendettement.....	328
§ 1. L'inadaptabilité des mesures de prévention aux diverses formes de surendettement	328
A. L'inadaptabilité des mesures de prévention au regard de la typologie du surendettement quant à leur champ d'application	329
B. L'inadaptabilité des mesures de prévention du surendettement des particuliers au regard de la typologie du surendettement quant au moment de leur intervention.....	330
§ 2. La prévention des formes complexes à repenser.....	333
A. L'opportunité de l'approche législative face au surendettement actif.....	334
B. L'inutilité de l'approche législative dans la prévention du surendettement passif.....	335
Chapitre II. Les apports d'une approche transversale du droit du surendettement au profit de sa prévention.....	339
Section I. La redéfinition de la nature du surendettement au service de sa prévention.....	343

§ 1. L'impossible détermination de la nature du droit du surendettement selon ses sources actuelles.....	343
A. Le rattachement artificiel du droit du surendettement au droit de la consommation.....	344
1. Quant aux objectifs des législations.....	345
2. Quant à la finalité des règles mises en place.....	346
B. La compatibilité partielle du droit du surendettement avec la logique civiliste.....	347
1. La possible intégration des mesures amiables du droit du surendettement dans le Code civil	348
2. L'obstacle de l'intégration du volet curatif du droit du surendettement dans le Code civil.....	349
§ 2. L'incontestable dimension sociale du droit du surendettement.....	352
Section II. Les bénéfices de l'approche sociale du surendettement quant à sa prévention.....	356
§ 1. L'amélioration des outils actuels dans une perspective sociale	357
A. Pour une nouvelle orientation de l'utilisation des fichiers d'incident de paiement.....	357
1. L'utilisation trop punitive des fichiers d'incident de paiement.....	358
2. La possible réorientation de l'utilisation des fichiers existant	361
B. Le développement de mesures d'alerte et d'accompagnement au sein des voies d'exécution	363
C) Le développement des mesures d'alerte dans certaines obligations de paiement.....	364
§ 2. L'harmonisation du droit du surendettement avec d'autres branches du droit	366
A. La combinaison du droit du surendettement avec le droit patrimonial de la famille.....	367
1. Pendant la vie du couple.....	367
2. A sa dissolution.....	370
B. Les difficultés de l'harmonisation de la législation consumériste avec le droit des bailleurs	371
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	375
BIBLIOGRAPHIE	381
INDEX.....	427
TABLE DES MATIÈRES.....	433

Résumé en français

De création récente, la législation sur le surendettement a toujours eu pour ambition de prévenir et de traiter les situations de surendettement des particuliers. Présenté à son origine comme le droit « de ne pas payer ses dettes », le droit du surendettement a été intégré au Code de la consommation. Essentiellement envisagées comme la conséquence d'une consommation s'exerçant à crédit, les mesures préventives ont, de ce fait, été développées dans le cadre des règles de formation et d'exécution des contrats de crédit et de cautionnement. Face aux insuffisances de cette réglementation préventive, le droit commun des obligations est, à son tour, venu édicter des règles en vue de palier les lacunes des mesures légales. Malgré les bénéfices apportés par la jurisprudence, l'efficacité de la prévention reste toutefois relative. En effet, tant la difficile conciliation des sources préventives que l'approche restrictive qui est envisagée du phénomène, mettent un frein à l'élaboration d'une prévention efficace. C'est au travers des règles de procédure de traitement du surendettement mais également, dans la redéfinition des notions d'endettement et de la personne vulnérable face au risque de surendettement, que les réponses à une prévention plus efficiente apparaissent.

Mots-clés en français

Surendettement – Prévention – Obligation – Cautionnement – Crédit – Créancier – Débiteur

Abstract

Recently created the overindebtedness legislation has always aimed to prevent and cure individual indebtedness situations. To his origin as the “right not to pay its debts” the indebtedness law has been integrated into the French consumer Code. Essentially seen as a consequence of consumption exerted on credit, preventive measures have been developed in the framework of the rules of formation and execution of credit agreements and surety. Given the inadequacies of this preventive legislation, the common law of contract is, in turn, came to make rules for any shortcomings of legal action. Despite the benefits of the law, the effectiveness of prevention, however, is relative. Indeed, as the difficulty of reconciling preventive sources that the restrictive approach proposed of the phenomenon, have no benefit on the development of effective prevention. It is through procedural overindebtedness rules but also in redefining the concepts of debt and the vulnerable person to the risk of debt distress, that the answers to more efficient prevention appear.

Keywords

Overindebtedness – Prevention – Contract – Credit – Creditor – Debtor

Centre d'Etudes Juridiques et Politiques (CEJEP)

UFR Droit, science politique et gestion – Université La Rochelle

45 rue François de Vaux de Foletier, 17024 La Rochelle Cedex 1

